

## Die Mieten in Zeiten des Coronavirus

Das Coronavirus kennt keine Sprachgrenzen. Das gilt auch für Schweizer Juristinnen und Juristen. Es war für die Autorin und den Autor daher naheliegend, einen Text mit vier Händen zu schreiben, von zu Hause aus zu arbeiten, ihre juristischen Erfahrungen an den Ufern von Rhône und Rhein zu bündeln und den Text gleichzeitig auf Französisch und Deutsch zu veröffentlichen. Der mietrechtspraxis und der Semaine Judiciaire, die diese Doppelpublikation freundlicherweise angenommen haben, sei herzlich gedankt.

Um die Coronavirus-Pandemie zu bekämpfen, die Bevölkerung unseres Landes zu schützen und eine Überlastung der Spitäler zu verhindern, hat der Bundesrat unter anderem die Schliessung zahlreicher Geschäftsräumlichkeiten ab 17. März 2020 angeordnet. Seither fragen sich ihre Betreiberinnen und Betreiber, ob sie einen Mietzinserrlass oder zumindest eine Mietzinsherabsetzung geltend machen können, solange ihre Geschäfte für die Öffentlichkeit unzugänglich sind. Für eine solche Ausnahmesituation hatten Rechtsprechung und Doktrin keine Antwort bereit. Doch die Beurteilung von zahlreichen Juristinnen und Juristen liess nicht lange auf sich warten. Die Autorin und der Autor dieses Beitrags haben alle Meinungen aufgelistet, die ihnen zur Kenntnis gelangt sind. Sie kommentieren und kritisieren sie in der Hoffnung, einen Beitrag zur Debatte zu leisten.



**David Lachat**

Advokat im Ruhestand, Genf



**Sarah Brutschin**

Advokatin, Basel

## Le bail aux temps du coronavirus

Pour combattre la pandémie de coronavirus, protéger les habitants de notre pays et éviter que les hôpitaux ne soient débordés, le Conseil fédéral a ordonné à partir du 17 mars 2020, entre autres mesures, la fermeture de nombreux locaux commerciaux.

Leurs exploitants se demandent depuis lors s'ils peuvent prétendre à une dispense de loyer, ou tout au moins à une réduction de celui-ci aussi longtemps que leurs commerces sont inaccessibles au public.

Face à une situation aussi exceptionnelle, la jurisprudence et la doctrine n'avaient pas de réponse toute prête. Mais immédiatement une nuée de juristes ont donné leurs avis.

Les auteurs de la présente contribution ont recensé tous les avis parvenus à leur connaissance. Ils les commentent et les critiquent dans l'espoir de contribuer au débat.



**David Lachat**

avocat retraité, Genève



**Sarah Brutschin**

avocate, Bâle

# Inhaltsverzeichnis

<b>1.</b>	<b>Einleitung</b>	<b>103</b>
<b>2.</b>	<b>Die Anwendung von Art. 259d OR</b>	<b>104</b>
2.1	Verschiedene Meinungen in den Rechtsgutachten und Beiträgen	104
2.2	Begriff des Geschäftsraumes	104
2.3	Die Verpflichtung zum Betrieb (Gebrauchspflicht)	107
2.4	Der Mangelbegriff	107
2.5	Der kausale Charakter der Mietzinsherabsetzung	109
2.6	Fazit	109
2.7	Richtet sich Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 nur an den Mieter?	110
2.8	Sonderfall Gesundheitseinrichtungen	112
2.9	Cafés und Restaurants nach dem 11. Mai 2020	113
2.10	Muss der Vermieter auf den Störer Rückgriff nehmen können?	115
2.11	Eine unzulässige Verschiebung der Risiken?	116
2.12	Fazit	117
<b>3.</b>	<b>Mietzinsherabsetzung oder Mietzinsерlass?</b>	<b>118</b>
3.1	Keine Hinterlegung, Reduktion auf Nettomietzins	118
3.2	Verbliebener Nutzen des Mietobjekts für den Mieter	118
3.3	Berücksichtigung des Umsatzrückgangs	120
<b>4.</b>	<b>Objektive Unmöglichkeit (Art. 119 OR)</b>	<b>120</b>
4.1	Objektive, nachträgliche und vorübergehende Unmöglichkeit	120
4.2	Dauerhafte Unmöglichkeit	121
4.3	Teilunmöglichkeit	122
4.4	Zweckfortfall und Verwendungsunmöglichkeit	123
4.5	Fazit	126

<b>5.</b>	<b>Vertragsanpassung (clausula rebus sic stantibus)</b>	<b>127</b>
5.1	Geltungsbereich der clausula	127
5.2	Subsidiarität	128
5.3	Lässt Art. 266g OR Raum für eine richterliche Vertragsanpassung?	128
5.4	Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall	130
<b>6.</b>	<b>Intervention des Gesetzgebers</b>	<b>132</b>
6.1	Der klassische Weg	132
6.2	Anreize für einvernehmliche Lösungen unter den Parteien	133
6.3	Finanzielle Unterstützung für die Mieter?	135
6.4	Finanzielle Unterstützung für die Vermieter?	135
6.5	Eine allgemein gültige Regelung?	136
<b>7.</b>	<b>Schlussfolgerungen</b>	<b>138</b>
<b>8.</b>	<b>Verzeichnis der Gutachten</b>	<b>138</b>
<b>9.</b>	<b>Bibliographie</b>	<b>140</b>

# 1. Einleitung

Un mal qui répand la terreur,  
 Mal que le ciel en sa fureur  
 Inventa pour punir les crimes de la terre.<sup>1</sup>

In Zeiten des Coronavirus sind Anwältinnen und Anwälte, ihrer gewohnten Arbeit beraubt, in Sorge. Wie kann man während des Lockdowns die Zeit totschiagen? Wie kann verhindert werden, dass die Klientinnen und Klienten einen vergessen?

Die Antwort war von einigen Mietrechtsspezialistinnen und -spezialisten schnell gefunden mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens zur Frage, die Geschäftsmieterinnen und -mieter und die Immobilienkreise derzeit bewegt, nämlich: Sollen Mieterinnen und Mieter, deren Betriebe infolge der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus vorübergehend geschlossen wurden, weiterhin den Mietzins bezahlen, bis sie ihren Betrieb wieder aufnehmen können? Haben sie Anspruch auf einen Mietzinserrlass oder eine Herabsetzung des Mietzinses?

Bis heute zählen wir 19 Rechtsgutachten und Beiträge zu dieser Frage.<sup>2</sup>

Wir hielten es für nützlich, die Gutachten zusammenzutragen und zu kommentieren, sowohl für Praktiker, Gerichte und Politiker als auch für Verwalter, Vermieter und Mieter. Wenn Sie aber strenge Texte nicht mögen und den extravaganten Barock vorziehen, lesen Sie Gabriel Garcia Marquez, Die Liebe in den Zeiten der Cholera.

Zusammengefasst konzentriert sich der Kampf der Meinungen auf drei Rechtsbehelfe: Mietzinserrlass oder Herabsetzung der Miete (Art. 259d OR); objektive Unmöglichkeit (Art. 119 OR); richterliche Vertragsanpassung (clausula rebus sic stantibus).

Die drei Rechtsbegriffe liegen sehr nahe beieinander. Der Mangel am Mietobjekt führt zu einem Ungleichgewicht zwischen der Leistung des Vermieters und der monetären Gegenleistung des Mieters. Wird die Leistung des Vermieters ganz oder teilweise unmöglich, leidet das Mietobjekt an einem Mangel. Und tritt ein aussergewöhnlicher und unvorhersehbarer Umstand ein, gerät das Vertragsverhältnis in ein Ungleichgewicht. In allen drei Fällen geht es um die Wiederherstellung des Gleichgewichts zwischen den vertraglichen Leistungen, indem der Mieter vorübergehend ganz oder teilweise von seiner Mietzinszahlungspflicht befreit wird.

Über diese rechtlichen Fragen hinaus werden wir am Ende des Beitrags die politischen Lösungen darstellen, die die Frage der Geschäftsmieten in Zeiten des Coronavirus regeln sollen (vgl. hinten Ziff. 6.).

<sup>1</sup> Jean de La Fontaine, 1621-1695, Les animaux malades de la peste, première strophe.

<sup>2</sup> Das Verzeichnis der Gutachten befindet sich am Ende dieses Beitrags.

## 2. Die Anwendung von Art. 259d OR

### 2.1 Verschiedene Meinungen in den Rechtsgutachten und Beiträgen

Für **Higi**<sup>3</sup>, **Iynejdjan**<sup>4</sup>, **Streiff**<sup>5</sup> und **Bohnet**<sup>6/7</sup> findet Art. 259d OR (Recht auf Herabsetzung des Mietzinses im Falle eines Mangels am Mietobjekt) nach der Anordnung der provisorischen Schliessung gewisser Betriebe durch den Bund keine Anwendung.

Für diese Autoren ist das Mietobjekt von den Massnahmen zur vorübergehenden Schliessung der Räumlichkeiten gemäss Art. 6 Abs. 2 der COVID-19-Verordnung 2 vom 13. März 2020<sup>8</sup> nicht betroffen. Nur der Betrieb der Geschäftsräume würde von diesen staatlichen Massnahmen tangiert und es müsse der Vermieter nicht garantieren, dass die gemieteten Räumlichkeiten nutzbar sind.

Die oben erwähnte Auffassung von **Higi**, **Iynejdjan**, **Streiff** und **Bohnet** stösst in vier Bereichen auf solide Einwände: Der Begriff des Geschäftsraumes, die Gebrauchspflicht, der Mangelbegriff und der kausale Charakter des Herabsetzungsanspruches.

### 2.2 Begriff des Geschäftsraumes

Ein Geschäftsraum ist ein Raum, der dem Betrieb eines Gewerbes oder im weiteren Sinne der Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dient,<sup>9</sup> sei dies haupt- oder nebenberuflich<sup>10</sup>. Das Mietobjekt muss speziell für diesen Zweck gemietet worden sein.<sup>11</sup> Der Mieter soll im Geschäftsraum Geld verdienen und zu diesem Zweck Kunden emp-

<sup>3</sup> **Higi**, S. 1, Ziff. 3. und S. 2, Ziff. 4.

<sup>4</sup> **Iynejdjan**, S. 3 bis 5.

<sup>5</sup> **Streiff**, Ziff. 3.: «Wir qualifizieren die «COVID-19-Schliessung» als einen verwaltungsrechtlichen, zeitlich beschränkten Entzug einer Betriebsbewilligung. Das Verbot richtet sich gegen die Ausübung des Geschäfts des Unternehmers, beziehungsweise des Geschäftsmieters».

<sup>6</sup> **Bohnet**, S. 6 f.

<sup>7</sup> Die entspricht auch der Auffassung von **Richard** (S. 14 f., N 76-83), **Wetzel/Plattner** (S. 2, eine der beiden Thesen), **Peduzzi**, S. 5-9, Ziff. 2. und **Reichle/Stehle**, S. 11-14. Ziff. 3.4.

<sup>8</sup> Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24, in der Fassung vom 17. März 2020. Die vorliegend interessierenden Bestimmungen von Art. 6 Abs. 2, 3 und 4 sowie Art. 10a Abs. 2 und 3 wurden mit Wirkung per (Datum der jeweiligen Fassung) 21. März, 1. April, 27. April, 30. April und 11. Mai 2020 geändert. Darstellung der Entwicklung der Verordnung: **Reichle/Stehle**, S. 3 f., Ziff. 2. Vgl. auch die Erläuterungen des BAG zu dieser Verordnung, erste Fassung vom 8. April 2020 und laufend ergänzt und geändert.

<sup>9</sup> BGE 124 III 108 E. 2; BGE 118 II 40 E. 4, →mp 2/92 S. 96; BGE 113 II 406 E. 2. und 3, →mp 2/88 S. 47; BGER 4A\_9/2010 vom 25.06.2010, E. 1.4 →mp 4/10 S. 257.

<sup>10</sup> **SVIT-Kommentar/Rohrer**, N 11 zu Art. 253a OR.

<sup>11</sup> **Bohnet**, a.a.O., S. 23, der sehr gut daran erinnert, wenn er ausführt: «Par définition, le locataire de locaux commerciaux loue pour un usage commercial «et» l'activité du locataire vise nécessairement l'obtention d'un

fangen können. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Kundschaft den Betrieb tatsächlich frequentiert und ob der Geschäftsinhaber einen Gewinn, resp. ein Einkommen erzielt oder nicht.<sup>12</sup>

De facto garantiert der Vermieter von Geschäftsräumlichkeiten seinem Mieter demnach, dass er das Mietobjekt zu kommerziellen Zwecken nutzen kann. Es handelt sich dabei um eine – explizit oder stillschweigend – zugesicherte Eigenschaft oder zumindest um eine Eigenschaft, die der Mieter beim Abschluss des Vertrages vernünftigerweise voraussetzen durfte.<sup>13</sup>

In der Praxis sind drei mögliche Fallkonstellationen denkbar:

- Entweder haben die Parteien des Mietvertrags eine Klausel in den Vertrag aufgenommen, die dem Mieter die Möglichkeit garantiert, seine Geschäftstätigkeit «jederzeit» oder «an x Tagen in der Woche» ausüben zu können. Selten sind solche Zusagen derart explizit, können sich jedoch aus der Zusage eines Mindestumsatzes oder aus der Verpflichtung des Mieters, bestimmte Öffnungszeiten einzuhalten, ergeben.<sup>14</sup>
- Oder es haben die Parteien die geschäftliche Tätigkeit, mithin den Verwendungszweck vertraglich festgelegt (Bäckerei, Metzgerei, Blumengeschäft); dem Mieter wird damit das Recht eingeräumt, die vereinbarte Tätigkeit auszuüben und die Räumlichkeiten zu diesem Zweck zu nutzen.<sup>15</sup>
- Oder es haben die Parteien keine spezifische Nutzung für die Räumlichkeiten vorgesehen und beschränken sich auf die Miete von «Geschäftsräumen». In diesem Fall ergibt sich der spezifische Nutzungszweck aus dem üblichen Gebrauch<sup>16</sup> oder aus einer stillschweigenden Vereinbarung<sup>17</sup>. Letztere liegt beispielsweise

bénéfice. Ainsi, la location d'une surface commerciale ne répond plus à son but en cas d'interdiction temporaire de l'activité commerciale».

<sup>12</sup> **ZK-Higi/Bühlmann**, N 29 und 31 zu Art. 253a–253b OR, wonach die Geschäftstätigkeit «erwerbsorientiert», bzw. «gewinnorientiert», nicht jedoch «gewinnbringend» sein muss. In die gleiche Richtung **SVIT-Kommentar/Rohrer**, N 11 zu Art. 253a OR; **CPra Bail-Bohnet/Dietschy-Martenet**, N 10 f. zu Art. 253a OR; **BK-Giger**, N 33 zu Art. 253a OR; **BSK-Weber**, N 11 und 13 zu Art. 253a–253b OR. A.M.: **Peduzzi**, S. 7, Ziff. 2.3: «Ohne ein qualifizierendes, mietrechtsfremdes Element hat der Mieter keinen Anspruch auf ein Mietobjekt, woraus er einen Ertrag erwirtschaften kann.» Würde man dieser Auffassung folgen, wozu würde der Abschluss eines Geschäftsmitvertrages dann dienen? Würde der Autor bezüglich Wohnungen ebenfalls sagen, dass der Mieter keinen Anspruch darauf hat, darin zu wohnen?

<sup>13</sup> BGE 135 III 345 E. 3.2, → **mp 4/09 S. 222**, mit Verweis auf BGer 4C.97/2003 vom 28.10.2003 E. 3.1, → **mp 2/04 S. 95**, und BGer 4C.81/1997 vom 26.01.1999 E. 3a.

<sup>14</sup> **Streiff**, a.a.O., Ziff. 2.4.

<sup>15</sup> **Wetzel/Plattner**, S. 2, Ziff. 2: «Einerseits kann argumentiert werden, eine effektive, faktische Nutzbarkeit des Mietobjektes zum vertraglich vereinbarten Gebrauch (gemäss dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck, z.B. Restaurant) sei geschuldet, womit es aktuell an der Gebrauchstauglichkeit fehlen würde».

<sup>16</sup> **ZK-Higi/Bühlmann**, N 24 zu Art. 256 OR («in einem Ladenlokal darf verkauft werden») und N 11–13 zu Art. 257f OR; **Carron**, S. 50 f., Ziff. 13; **BSK-Weber**, N 3 zu Art. 256 OR.

<sup>17</sup> BGE 136 III 186 E. 3.1.1, → **mp 3/10 S. 196**; BGer 4A\_582/2012 vom 28.06.2013 E. 3.2; **ZK-Higi/Bühlmann** N 7 zu Art. 253a–253b OR («[...] , dessen ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarte Nutzung [...]»); **BSK-Weber**,

vor, wenn der Mieter die Räumlichkeiten während Jahren als Physiotherapeut nutzt und der Vermieter die Mietzinszahlungen entgegennimmt, ohne sich dieser Nutzung je widersetzt zu haben.

Wir erachten es als zu akademisch und nicht praxisgerecht, zwischen Fällen zu unterscheiden,<sup>18</sup> in denen die Parteien einen Mietvertrag abschliessen, in dem der Zweck des Mietvertrags («Bäckerei») festgelegt wird, und Fällen, in denen sie sich auf die Miete von «Geschäftsräumen» beschränken.<sup>19</sup> In den zweitgenannten Fällen erkundigt sich der Vermieter vor Vertragsschluss wohl immer nach der Tätigkeit, die in den Räumlichkeiten ausgeübt werden soll und sei es auch nur, um die Zahlungsfähigkeit des möglichen Mieters zu beurteilen.

Auch bei der Übergabe des Geschäftes an einen Dritten verlangt der Vermieter zu Recht, dass ihm eine Kopie des Übernahmevertrages ausgehändigt wird. Eine solche Vereinbarung sieht in der Regel vor, dass der übernehmende Mieter das gleiche oder ein verwandtes Geschäft wie der übergebende Mieter betreibt. Selten sind die Fälle, in denen der Mieter den Vermieter so sehr täuscht, dass er Büroräumlichkeiten einem erotischen Massagesalon überlässt!<sup>20</sup>

In allen drei zuvor genannten Fällen darf der Mieter davon ausgehen, dass er mit Abschluss des Mietvertrages das Recht eingeräumt erhält, die Geschäftsräume zur Ausübung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu nutzen, resp. sein Geschäft zu betreiben. Hierfür erbringt er die vertragliche Gegenleistung, die Bezahlung des Mietzinses.

Es erscheint damit reichlich künstlich, zwischen dem Zweck der Räumlichkeiten (gewerbliche Nutzung im weiteren Sinne oder besondere Nutzung, z.B. Restaurant) und deren Betrieb zu unterscheiden und hiervon abhängig machen zu wollen, welche Rechtsansprüche dem Mieter eines behördlich geschlossenen Geschäfts zustehen.

Geschäftsräume sind daher mangelhaft, sobald sie der Mieter ohne sein Verschulden nicht mehr für den vorgesehenen Zweck, beispielsweise für den Verkauf von Waren oder zur Erbringung von Dienstleistungen, nutzen kann.

N 3 zu Art. 256 OR; Carron, S. 50 f., Ziff. 13; **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 29 zu Art. 256 OR; **Mietrecht für die Praxis/Roy**, S. 204, Ziff. 9.1.2.6; **CPra Bail-Montini/Bouverat**, N 15 zu Art. 256 OR.

<sup>18</sup> In Ziff. 4.4, zweitletzter Absatz werden wir sehen, dass diese Unterscheidung für einige Autoren darüber entscheidet, ob ein Anwendungsfall von Art. 119 OR vorliegt oder nicht.

<sup>19</sup> A.M.: **Peduzzi**, S. 7, Ziff. 2.3: «Haben die Parteien den Verwendungszweck allgemein als «Büro/Gewerbe» definiert, ist der Vermieter nicht gehalten, ein für die Ausübung eines bestimmten Gewerbes eingerichtetes Mietobjekt zur Verfügung zu stellen.» Eine solche Auffassung negiert die Möglichkeit mündlicher und stillschweigender Vereinbarungen, die den Inhalt eines schriftlichen Mietvertrages ergänzen oder präzisieren können. Darüber hinaus verspricht der Vermieter, auch wenn er die Räumlichkeiten nicht für die Nutzung einer Bäckerei herrichtet, dem Mieter zumindest implizit, dass er darin seinen Beruf als Bäcker ausüben kann. Im Übrigen darf der Mieter vernünftigerweise auch erwarten, dass er seinen Beruf in den Räumlichkeiten ausüben kann, sofern er das Geschäftslokal für seine eigene berufliche Tätigkeit gemietet hat.

<sup>20</sup> BGE 132 III 109 E. 2 bis 5, → **mp 3/06 S. 191**; oder dass die Räumlichkeiten einer Villa an Prostituierte übergeben werden: BGer 4A\_429/2010 vom 06.10.2010, E. 2.2.



## 2.3 Die Verpflichtung zum Betrieb (Gebrauchspflicht)

Es ist üblich, dass Mieter von Geschäftsräumen, speziell in Shopping-Centern oder Ladenpassagen,<sup>21</sup> zum Betrieb ihres Geschäfts verpflichtet sind.

Eine solche vertragliche Gebrauchspflicht ist in den meisten gewerblichen Mietverträgen vorgesehen. Sie kann sich jedoch auch aus der Vereinbarung einer Umsatzmiete ergeben oder dort, wo durch die konkrete vertragliche Vereinbarung oder durch die Art des Geschäfts eine Nähe zur Pacht vorliegt (Art. 283 Abs. 1 OR).<sup>22</sup> Die Gebrauchspflicht wird dem Mieter manchmal auch durch Bebauungspläne auferlegt, die beispielsweise vorschreiben, dass Ladenpassagen für die Öffentlichkeit zugänglich sein müssen.<sup>23</sup>

Allgemeiner ausgedrückt ist auch ohne explizite vertragliche Vereinbarung dort von einer (stillschweigend vereinbarten) Gebrauchspflicht auszugehen, wo der Vermieter die von ihm eingerichteten Räume zum Betrieb eines bestimmten Geschäfts vermietet hat. Mit der Vermietung solcher Räume ist ein Kundschaftswert verbunden, womit im Falle eines fehlenden oder unterbrochenen Gebrauchs des Mietobjekts der Wert der Liegenschaft beeinträchtigt wird.<sup>24</sup>

Verpflichtung und Möglichkeit, die Räumlichkeiten zu Geschäftszwecken zu gebrauchen, gehen Hand in Hand. Wie kann man das eine fordern, ohne das andere zu garantieren?

## 2.4 Der Mangelbegriff

Im Mietverhältnis besteht die Hauptverpflichtung des Vermieters in der Überlassung eines Mietobjektes zum Gebrauch (Art. 253 OR). Geschuldet ist damit nicht nur ein – physisch – intaktes Mietobjekt, sondern darüber hinaus ein solches, das zum vertraglich vereinbarten oder vorausgesetzten Gebrauch tauglich ist. In Lehre und Rechtsprechung wird eine Störung im Gebrauch einhellig dem physischen Mangel eines

<sup>21</sup> Zur Gebrauchspflicht bei Büros im oberen Stockwerk: **Lachat**, S. 63, Ziff. 1.3.15.

<sup>22</sup> **BSK-Weber**, N 11 zu Art. 256 OR; **ZK-Higi/Bühlmann**, N 22 zu Art. 257f OR; **Mietrecht für die Praxis/Püntener**, S. 34 f., Ziff. 2.1.3.5; **SVIT-Kommentar/Reudt**, N 17 zu Art. 257f OR; **CPra Bail-Bohnet/Dietschy-Martenet**, N 61 zu Art. 253 OR.

<sup>23</sup> Die Verordnung zu den Flächennutzungsplänen der Stadt Genf vom 20.02.2007 enthält eine Bestimmung (Art. 9 Abs. 1.1), wonach Flächen im Erdgeschoss von Gebäuden für öffentlich zugängliche Aktivitäten bestimmt sind, sofern sie sich an öffentlich zugänglichen Orten befinden. Daraus wird eine Verpflichtung zum Betrieb solcher Räumlichkeiten abgeleitet.

<sup>24</sup> BGE 103 II 247 E. 2c; BGer 4C.426/2006 vom 18.06.2007, E. 2.2; Kantonsgericht Wallis, Entscheidung vom 8. Januar 2002, → **mp 1/03 S. 24**; **ZK-Higi/Bühlmann**, N 22 zu Art. 257f OR; **Mietrecht für die Praxis/Püntener**, S. 34 f., Ziff. 2.1.3.5; **BK-Giger**, N 59 zu Art. 253 und N 32 zu Art. 256 OR; **SVIT-Kommentar/Reudt** N 17 zu Art. 257f OR; **Lachat**, S. 63, Ziff. 1.3.15; **CPra Bail-Bohnet/Dietschy-Martenet**, N 61 zu Art. 253 OR; **Biber**, S. 310 f.; A.M.: **CR-CO Roncoroni**, N 13 zu Art. 275 OR.

Mietobjektes gleichgesetzt und es werden die entsprechenden Rechtsfolgen nach den Mängelrechten beurteilt.<sup>25</sup>

Der Mangel im Sinne von Art. 259d OR wirkt sich demnach nicht notwendigerweise physisch und unmittelbar auf die Mietsache aus. Es sind mindestens zwei Konstellationen denkbar, in denen die gemieteten Räumlichkeiten zwar intakt und als solches in einem gebrauchstauglichen Zustand (Art. 256 Abs. 1 OR), aber dennoch mangelhaft im Sinne des Gesetzes sind.

Erstens können Störungen durch die Nachbarschaft<sup>26</sup> oder durch andere Bewohner des Gebäudes<sup>27</sup> den Mieter daran hindern, die gemieteten Räumlichkeiten normal zu nutzen. Den Vermieter trifft für solche Immissionen kein Verschulden und es können diese Störungen vom Vermieter je nach Umständen nicht beseitigt werden (Baustelle in der Nachbarschaft, Fluglärm). Dennoch sieht die einhellige Doktrin in diesen Störungen einen Mangel an der Mietsache, der einen Herabsetzungsanspruch oder einen Anspruch auf Erlass des Mietzinses begründen kann.<sup>28</sup>

Auch andere Ereignisse, auf die der Vermieter keinen Einfluss hat und die ihren Ursprung nicht im Mietobjekt haben, können zu einem Mangel am Objekt führen.<sup>29</sup> Zum Beispiel ein Erdbeben, das die Strasse wegspült und Kunden vorübergehend am Zugang zum Geschäft hindert.

Manchmal sind diese Ereignisse unerwartet oder aussergewöhnlich: Terror- oder Kriegshandlungen, die die Räumlichkeiten unzugänglich machen; ein Chemieunfall, der eine vorübergehende Evakuierung erforderlich macht; oder, wie heute,

<sup>25</sup> **Züst**, S. 11, N 17 ff. und S. 101, S. 182 ff.; **BSK-Weber** N 1 zu Art. 258 OR und dort zitierte Entscheide; **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 36 ff. zu Art. 256 OR («Immissionsfreiheit»); **ZK-Higi/Wildisen**, N 34 zu Art. 258 OR und dort zitierte Entscheide; **CPra Bail-Aubert**, N 32 ff. zu Art. 258 OR; vgl. auch Entscheide unten Fn 27 und 28. In die gleiche Richtung **Reichle/Stehle**, S. 12, Ziff. 3.4.2., N 40. Unter Bezugnahme auf das deutsche Recht wollen diese Autoren zwischen «objekt- und betriebsbezogenen Umständen» unterscheiden. Für sie rechtfertigen nur Ereignisse, die die Räumlichkeiten (objektbezogene Umstände) betreffen, eine Mietzinherabsetzung, nicht aber Ereignisse, die den Betrieb der Räumlichkeiten betreffen. Wir vertreten die Auffassung, im Gegensatz zu den beiden letztgenannten Autoren, dass in unserem Fall der Mangel «objektbezogen» ist (vgl. hinten Ziff. 2.7).

<sup>26</sup> Statt vieler: **CPra Bail-Aubert**, N 23–35 zu Art. 259d OR; **HAP-Rohrer**, N 5.69 bis 5.80; **Lachat/Rubli**, S. 312–314, Ziff. 3.3; **Matthias Tschudi**, Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen, 2005; **Fabian Gloor**, Toleranz im nachbarschaftlichen Verhältnis, →mp 1/19 S. 13 f.

<sup>27</sup> BGE 136 III 65 E. 2.5, →mp 2/10 S. 150; BGE 4A\_132/2017 und 4A\_140/2017 vom 25.09.2017, E. 6 und 9; BGE 4C.270/2001 vom 26.11.2001 E. 3; nicht veröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 22.07.2009, E. 2c mit Verweisen, →mp 1/00 S. 45; Cour de Justice GE, Entscheid vom 17.05.1999, E. 3a, →mp 1/00 S. 50; **Angela Hensch**, Streitigkeiten zwischen Mietern, AJP 2013 S. 992 ff.

<sup>28</sup> BGE 4C.377/2004 vom 02.12.2004, E. 2.1 mit weiteren Verweisen, →mp 4/05 S. 246; **Mietrecht für die Praxis/Roy**, S. 254, Ziff. 11.4.5.15; **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 17 zu Art. 259d OR; **ZK-Higi/Wildisen**, N 9 zu Art. 259d OR und die dort zitierte Rechtsprechung; **BSK-Weber** N 1 zu Art. 259d OR.

<sup>29</sup> **Peduzzi**, S. 8 f., Ziff. 2.4 und 2.6, vertritt die Auffassung, dass keine Mietzinserabsetzung geschuldet sei, wenn eine externe Einwirkung (cause étrangère) vorliegt, die keinen Bezug zum Mietobjekt hat. Für uns hat Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 ohne Zweifel einen Bezug zum Mietobjekt, ordnet die Bestimmung doch dessen provisorische Schliessung an.

die Verbreitung eines Virus, das zwischen Menschen übertragbar und für deren Gesundheit gefährlich ist.

Zweitens kann der Mangel rechtlicher Natur sein und seinen Ursprung entweder in einem Anspruch haben, den ein Dritter an den gemieteten Räumlichkeiten geltend macht,<sup>30</sup> oder in einer öffentlich-rechtlichen Norm, die den Gebrauch des Mietobjekts verhindert oder einschränkt.<sup>31</sup>

In all diesen Fällen hat der Vermieter auf den Mangel keinen Einfluss und es verfügt der Mieter dennoch über einen Anspruch auf Herabsetzung oder Erlass des Mietzinses. Unseres Erachtens ist dies insbesondere dann der Fall, wenn der Bund die vorübergehende Schliessung bestimmter Betriebe anordnet, um die Bevölkerung vor einer Pandemie zu schützen.

## 2.5 Der kausale Charakter der Mietzinsherabsetzung

Es ist in Lehre und Rechtsprechung anerkannt, dass eine Herabsetzung des Mietzinses oder ein Erlass des Mietzinses auch dann geschuldet ist, wenn den Vermieter am Mangel kein Verschulden trifft.<sup>32</sup>

Der Vermieter muss daher sowohl die Folgen einer an ihn gerichteten öffentlich-rechtlichen Regelung, der er keine Folge leistet (z.B. die Verpflichtung, bestimmte Räumlichkeiten ausschliesslich zu Wohnzwecken zu nutzen)<sup>33</sup> als auch einer an die Gesamtbevölkerung<sup>34</sup> gerichteten Regelung tragen.

## 2.6 Fazit

Der Vermieter räumt dem Mieter die Möglichkeit ein, dass er sein Geschäft betreiben kann. Der Mieter seinerseits hat in der Regel die Verpflichtung, sein Geschäft zu betreiben.

<sup>30</sup> **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 56 zu Art. 258-259i OR; **ZK-Higi/Wildisen**, N 33 zu Art. 258 OR.

<sup>31</sup> **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 52 zu Art. 259-259i OR; **ZK-Higi/Wildisen**, N 40 zu Art. 256 OR.

<sup>32</sup> BGer 4C.219/2005 vom 24.10.2005, E. 2.2 mit Verweis auf SJ 1977, S. 661, E. 3a und SJ 1986, S. 661, →mp 2/06 S. 128; BGer 4C.377/2004 vom 02.12.2004, E. 2.1; **ZK-Higi/Wildisen**, N 9 zu Art. 259d OR (der das Beispiel von Lärm, ausgehend von einer Nachbarliegenschaft, erwähnt); **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 16 f. zu Art. 259d OR; **BK-Giger**, N 16 zu Art. 259d OR (und bezüglich Verschulden sogleich relativierend in N 18 zu Art. 259d OR); **BSK-Weber**, N 1 zu Art. 259d OR und N 1 zu Art. 258 OR; **Züst**, S. 175, Rz 305; **CPra Bail-Aubert**, N 13 f. zu Art. 259d OR; **Aubert**, 17ème Séminaire Neuchâtel, N 67; **Blumer**, Gebrauchsüberlassungsverträge, N 751; **Peduzzi**, S. 6 Ziff. 2.1.

<sup>33</sup> BGer 4A\_483/2011 vom 02.12.2011, E. 2.4; Entscheid Obergericht Luzern vom 18.08.2004, E. 4, ZBJV 2005, S. 395 ff; **ZK-Higi/Bühlmann**, N 40 zu Art. 256 OR; **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 52 zu Art. 258-259i OR; Für Cafés und Restaurants: **Lachat** 2014, S. 236, N 32.

<sup>34</sup> Beispiel: Hygieneprobleme ausserhalb der Liegenschaft machen die Schliessung eines Cafés notwendig (**Lachat** 2014, S. 236 N 32).

Jede Behinderung dieser Möglichkeit zum Betrieb stellt einen Mangel an der Mietsache dar, selbst wenn der Vermieter den Grund der Behinderung nicht gesetzt hat, diesen nicht beseitigen kann und ihn keinerlei Verschulden trifft.

Dies gilt insbesondere auch, wenn das vorübergehende Verbot des Betriebs eines Unternehmens auf einer öffentlich-rechtlichen Norm beruht, die für die gesamte Bevölkerung gilt.

## 2.7 Richtet sich Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 nur an den Mieter?

Für **Bohnet**<sup>35</sup>, **Iynedjian**<sup>36</sup>, **Saviaux**<sup>37</sup>, **Richard**<sup>38</sup>, **Streiff**<sup>39</sup>, **Haefeli/Galli/Vischer**<sup>40</sup> und **Reichle/Stehle**<sup>41</sup> richtet sich die Bestimmung von Art. 6 Abs. 2 der COVID-19-Verordnung 2 allein an die Adresse des Mieters. Sie würde zu den Normen des öffentlichen Rechts gehören, deren alleiniger Adressat der Mieter sei.

Es ist verständlich, dass danach gefragt wird, ob sich Artikel 6 Absatz 2 der COVID-19-Verordnung 2 ausschliesslich an den Mieter richtet.<sup>42</sup>

In der Tat ist keine Mietzinsherabsetzung geschuldet, sofern der Mieter an der Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit aufgrund öffentlich-rechtlicher Normen, die sich nur an ihn als Adressaten richten, gehindert oder eingeschränkt wird.<sup>43</sup> die Verpflichtung, ein Wirtepatent zu besitzen, das Verbot, Alkohol an Minderjährige zu verkaufen oder auszuschenken, die Verpflichtung zur Einhaltung von Öffnungszeiten und Ablaufdaten bei Lebensmitteln, das Verbot, bestimmte Substanzen zu verkaufen oder den Kunden das Rauchen in den Räumlichkeiten zu gestatten.

Vorschriften, die sich allein an den Mieter richten, kennzeichnen sich dadurch, dass er sie einhalten und erfüllen kann, wenn er die notwendigen Vorkehrungen trifft: die Wirteprüfung ablegen, oder einen Angestellten anstellen, der ein Wirtepatent besitzt; die Öffnungszeiten respektieren; keine alkoholischen Getränke an

<sup>35</sup> **Bohnet**, S. 6.

<sup>36</sup> **Iynedjian**, S. 4, letzter Absatz.

<sup>37</sup> **Saviaux**, S. 2 f., Ziff. 3.

<sup>38</sup> **Richard**, S. 11, N 68–71.

<sup>39</sup> **Streiff**, Ziff. 3.

<sup>40</sup> **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 5: «Diese behördlichen Anordnungen sind subjektbezogen und nicht objektbezogen. Mit anderen Worten richten sich diese behördlichen Anordnungen an den Inhaber eines Betriebs, der vom Geltungsbereich der behördlichen Anordnung erfasst ist, und nicht an den Vermieter des Mietobjekts, in dem der Betriebsinhaber sein Geschäft betreibt.»

<sup>41</sup> **Reichle/Stehle**, S. 12–14, Ziff. 3.4.2. («betriebsbezogene Umstände»), vgl. auch vorne Fn 25.

<sup>42</sup> **Peduzzi**, S. 9, Ziff. 2.6 erachtet es als irrelevant, ob sich Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 an den Mieter richtet.

<sup>43</sup> **ZK-Higi/Bühlmann**, N 40 zu Art. 256 OR; für Cafés und Restaurants: **Lachat** 2014, S. 237 N 32.

Minderjährige ausschenken; keine abgelaufenen Waren oder verbotene Substanzen verkaufen; die Raucher auffordern, die Einrichtung zu verlassen.

Mit anderen Worten: Eine öffentlich-rechtliche Norm richtet sich dann an den Mieter, wenn alleine er die Möglichkeit hat, diese zu befolgen, um so den vereinbarten oder üblichen Gebrauch der Räumlichkeiten zu ermöglichen.

Wir sind mit der *Chambre genevoise immobilière*<sup>44</sup>, Professor **Richli**<sup>45</sup> und **Schenkel**<sup>46</sup> der Ansicht, dass die Regelung, mit der wir uns befassen, nicht allein an den Mieter gerichtet ist.

Gemäss Artikel 1 der Verordnung ordnet der Bund Massnahmen an, die sich an die Bevölkerung, Organisationen, Institutionen und Kantone richten, mit dem Ziel, das Risiko einer Übertragung des Coronavirus zu vermindern und dieses zu bekämpfen (Abs. 1). In Absatz 2 führt die Bestimmung nur Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit auf.

Art. 6 Abs. 2 ist Teil des 3. Kapitels der Verordnung mit dem Titel «Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen».

Die Bestimmung von Art. 6 Abs 2 COVID-19-Verordnung 2 richtet sich nicht an die Mieter öffentlich zugänglicher Einrichtungen, die geschlossen bleiben müssen, sondern ordnet ohne Rücksprache mit den Mietern an, dass diese aus Gründen des Gesundheitsschutzes für das Publikum geschlossen sind. Die Verpflichtung zur Schliessung gilt allgemein und richtet sich nicht speziell an Mieter.

Der erläuternde Bericht zur COVID-19-Verordnung 2<sup>47</sup> legt fest, dass Art. 6 Abs. 2 der Verordnung auf Betriebe abzielt, die zur Deckung des alltäglichen Lebensbedarfs nicht zwingend notwendig sind. In diesen Einrichtungen besteht die Gefahr, dass die Empfehlungen des BAG<sup>48</sup> zu Hygiene und sozialer Distanz nicht eingehalten werden (können). Dieses Risiko ist allein durch die Pandemie begründet.

Zudem führen diese Betriebe zu einem erhöhten Mobilitätsaufkommen, was es ebenfalls möglichst einzuschränken gilt. All diese Überlegungen gelten für die gesamte Bevölkerung und nicht nur für Mieter der betroffenen Unternehmen.

Indem der Mieter, wie auch der Vermieter<sup>49</sup>, die Anordnung von Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 befolgt, beteiligt er sich an den kollektiven Anstrengungen zur Bekämpfung der Pandemie, die von den Behörden des Bundes und der Kantone ge-

<sup>44</sup> **Chambre genevoise immobilière**, S. 2, 3. Absatz: «La formulation de cet article est très large et s'adresse à tous».

<sup>45</sup> **Richli**, S. 1: «Der Bundesrat erliess diese Massnahme nicht zur Deckung eines bestimmten Bedarfs des Landes, sondern im Interesse der Verminderung der Virusverbreitung».

<sup>46</sup> **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 6, E. 2.4.

<sup>47</sup> In der Fassung vom 6. April 2020.

<sup>48</sup> Bundesamt für Gesundheit.

<sup>49</sup> Der Geschäftsinhaber, der Eigentümer der Liegenschaft ist, in der er sein Geschäft betreibt, ist in gleichem Masse wie der Mieter vom Nutzungsverbot betroffen. Ebenso war es dem Vermieter mit leerstehenden Objekten nicht möglich, diese während der Dauer der Massnahmen gemäss Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 neu zu vermieten.

fordert werden und es hat der Mieter keine Möglichkeit, die Wiedereröffnung seines Betriebes zu beschleunigen.<sup>50</sup> Der Mieter ist machtlos gegen die Pandemie, die den Erlass von Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 notwendig gemacht hat.

In einem System, das die Herabsetzung des Mietzinses nicht vom Verschulden des Vermieters abhängig macht (vgl. vorn 2.5), verpflichtet die weggefallene Nutzungsmöglichkeit, die sich aus der Anwendung einer auf die gesamte Bevölkerung gerichteten staatlichen Massnahme wie Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 ergibt, den Vermieter zur Herabsetzung oder zum Erlass des Mietzinses.

Umgekehrt kann der Mieter keinen Schadenersatz für Geschäftsverluste geltend machen, da Art. 259e OR ein Verschulden des Vermieters voraussetzt, das im vorliegenden Fall offensichtlich nicht vorliegt.

## 2.8 Sonderfall Gesundheitseinrichtungen

Es stellt sich die Frage, ob Mieter von Spitälern, Kliniken und Arztpraxen sowie von Praxen und Einrichtungen, die von Angehörigen der Gesundheitsberufe im Sinne des Bundesrechts oder des kantonalen Rechts<sup>51</sup> (Physiotherapeuten, Chiropraktoren, Osteopathen, Zahnärzte usw.) geführt werden, ebenfalls Anspruch auf eine Mietzinsherabsetzung haben.

Auch hier ist danach zu fragen, ob sich die Anordnungen der COVID-19-Verordnung 2 nicht allein an die medizinischen Fachpersonen richten.

Die zuvor bezeichneten Gesundheitseinrichtungen mussten ihre Türen nicht wie die in Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 genannten Betriebe vorübergehend schliessen (vgl. Ausnahme gemäss Art. 6 Abs. 3 lit. m COVID-19-Verordnung 2). Vielmehr wurden sie, wie andere, weiterhin geöffnete Einrichtungen auch, gemäss Art. 6 Abs. 4 der Verordnung verpflichtet, die Empfehlungen des BAG betreffend Hygiene und sozialer Distanz einzuhalten, die Anzahl der anwesenden Personen entsprechend zu limitieren und Menschenansammlungen zu verhindern. Der Arzt, Zahnarzt oder andere Angehörige der Gesundheitsberufe können sich an diese Richtlinien halten und sie erfüllen, um ihren Betrieb, wenn auch in eingeschränkter Form, aufrecht zu erhalten.

Andererseits aber hat es Art. 10a Abs. 2 der Verordnung<sup>52</sup> den zuvor genannten Gesundheitseinrichtungen untersagt, nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien durchzuführen. Dabei handelt es sich um Eingriffe, die zu einem späteren Zeitpunkt durchgeführt werden können, ohne dass bei der betroffenen

<sup>50</sup> **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 6, E. 2.2: «Die Wiedereröffnung des Betriebs hängt nicht von ihm ab – im Unterschied zur Lage, in der er das Hindernis zur Verwendung des Objektes gemäss dem abgemachten Zweck selbst aufheben könnte (z.B. indem er sich ein Wirtepatent beschafft).».

<sup>51</sup> Gesundheitsfachpersonen, deren berufliche Tätigkeit nicht dem Bundesrecht oder dem kantonalen Recht untersteht (z.B. Komplementärtherapeuten) mussten ihre Betriebe gestützt auf Art. 6 Abs. 2 lit. e COVID-19-Verordnung 2 schliessen, womit für diese das unter Ziff. 2.7 Ausgeführte gilt.

<sup>52</sup> In der Fassung vom 17. März 2020.

Person Nachteile zu erwarten sind, die über geringe physische und psychische Beschwerden und Beeinträchtigungen hinausgehen oder überwiegend oder vollständig ästhetischen Zwecken, der Steigerung der Leistungsfähigkeit oder dem Wohlbefinden dienen (Art. 10a Abs. 3 lit a und b COVID-19-Verordnung 2<sup>53</sup>).

Gestützt auf diese Anordnungen wurde für Gesundheitseinrichtungen im Sinne von Art. 6 Abs. 2 lit. m COVID-19-Verordnung 2 die Nutzung des Mietobjektes zwischen dem 17. März und 27. April 2020 auf den Empfang von Patienten mit gesundheitlichen Problemen, die dringend behandelt werden mussten, eingeschränkt. Diese Vorgabe entsprach einem teilweisen Nutzungsverbot<sup>54</sup> der Praxen, womit auch hier eine Herabsetzung des Mietzinses geschuldet ist (vgl. vorn Ziff. 2.7). Dabei bleibt zu beachten, dass die Beschränkung geringer ausgefallen ist als in Fällen der Total-schliessung (Verbot des Zugangs für alle Kunden).

## 2.9 Cafés und Restaurants nach dem 11. Mai 2020

Viele Betreiber von Cafés und Restaurants haben ihre Besorgnis über die vom Bund formulierten Auflagen<sup>55</sup> für die Wiedereröffnung zum Ausdruck gebracht. Sie befürchteten, dass in Beachtung der Distanzregel zwischen den Gästen untereinander und gegenüber dem Personal und der maximalen Anzahl von Gästen pro Tisch die Wiederöffnung nach dem 11. Mai 2020 gefährdet oder erheblich erschwert würde. In Beachtung der Auflagen des Bundes liesse sich nur ein weit tieferer Umsatz erzielen als in der Zeit vor dem Coronavirus.

Sofern sich diese Befürchtungen bestätigen, stellt sich die Frage, ob der betroffene Mieter auch für die Zeit nach dem 11. Mai 2020 eine Mietzinsherabsetzung gemäss Art. 259d OR verlangen kann.

Die Frage ist nicht einfach zu beantworten. Der Unterschied ist klein zwischen dem Fall der Restaurantbetreiber, die ihr Restaurant wiedereröffnen, aufgrund der Vorgaben des Bundes nach dem 11. Mai 2020 jedoch weniger Gäste als üblich empfangen können und den Gesundheitseinrichtungen, die geöffnet blieben, jedoch bis zum 27. April 2020 nur Patienten behandeln durften, die eine dringende Behandlung benötigten (vgl. vorn Ziff. 2.8).<sup>56</sup>

<sup>53</sup> In der Fassung vom 21. März 2020.

<sup>54</sup> Womit eine quantitative Teilunmöglichkeit bezüglich der Leistung des Vermieters vorliegt, vgl. hinten Ziff. 4.3.

<sup>55</sup> Vgl. Schutzkonzept für die Gastronomie: <https://www.gastrosuisse.ch/de/angebot/branchenwissen/informationen-covid-19/branchen-schutzkonzept-unter-covid-19/> (abgerufen am 25. Mai 2020).

<sup>56</sup> Für uns gilt folgende Überlegung: Der vereinbarte oder übliche Gebrauch eines Restaurants oder einer Gesundheitseinrichtung definiert die Anzahl Gäste, resp. Patienten, die empfangen werden können, nicht. Die Massnahmen gegen das Coronavirus ändern nach dem dem 11. Mai 2020 die Zahl der Kunden, die in einem Restaurant bedient werden können, (rechtlich) nicht. Der vereinbarte oder übliche Gebrauch des Mietobjektes wird nicht beeinträchtigt. Im Falle der Gesundheitseinrichtungen hat die COVID-19-Verordnung 2 den Empfang von Patienten, die nicht auf eine dringende Behandlung angewiesen waren, verboten. Damit war der vereinbarte oder übliche Gebrauch einer Gesundheitseinrichtung gestört.

Sofern der Mietvertrag ausdrücklich den Betrieb eines Restaurants mit einer bestimmten Anzahl Tische vorsieht, oder wenn die Miete auf dem Umsatz basiert, liegt darin eine vom Vermieter zugesicherte Eigenschaft. Das Mietobjekt erweist sich daher als mangelhaft, sofern aus Gründen des Gesundheitsschutzes die Anzahl möglicher Gäste (d.h. die Anzahl der Tische) oder der Umsatz reduziert wird.<sup>57</sup>

In den Fällen, in denen weder der Mietvertrag eine bestimmte Anzahl Plätze oder eine Rentabilität ausdrücklich garantiert noch eine solche stillschweigend oder konkludent als vereinbart gilt, neigen wir daher eher dazu, die Vorgaben des Bundes im Zusammenhang mit der Wiedereröffnung von Cafés und Restaurants als Anordnung an die Adresse des Mieters zu qualifizieren. Er allein ist in der Lage, die Vorgaben zu erfüllen, um den vertraglich vereinbarten oder üblichen Gebrauch zu ermöglichen, d.h. ein Café oder Restaurant mit einer unbestimmten Anzahl Gäste betreiben zu können (vgl. vorn Ziff. 2.7).

Unseres Erachtens ist die Situation vergleichbar mit jener des Betreibers eines Cafés, der einen Teil des Lokals nicht bestuhlen darf, damit der vorgeschriebene Notausgang geschaffen werden kann. Oder mit der Situation der Wirte, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes seit rund 10 Jahren keine rauchenden Gäste mehr empfangen und bedienen dürfen. Hätten sie ihre Stammgäste verloren, wäre ihnen kein Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses gestützt auf Art. 259d OR zugestanden.

Je nach Anordnung der gemieteten Räumlichkeiten kann es für den Wirt oder Betreiber eines Cafés jedoch sehr schwierig oder gar unmöglich sein, sein Lokal wirtschaftlich zu betreiben. In diesen Fällen kann bei fehlender gütlicher Einigung mit dem Vermieter unseres Erachtens die *clausula rebus sic stantibus*<sup>58</sup> eine Lösung bieten (vgl. hinten Ziff. 5., insbesondere Ziff. 5.4).

Diese Überlegungen gelten auch für andere Betriebe, die aufgrund der Hygienemassnahmen des Bundes besondere Beschränkungen ihrer Geschäftstätigkeit im Hinblick auf ihre Wiedereröffnung hinzunehmen hatten, wie beispielsweise Kleidergeschäfte.

Für Betriebe, die unter der angeordneten Schliessung wirtschaftlich zu sehr gelitten haben, besteht eine andere Lösung darin, die Konditionen des Mietvertrages neu auszuhandeln. Dabei könnten der Mietzins gesenkt und Mechanismen vorge-

<sup>57</sup> Es muss von Fall zu Fall geprüft werden, ob dem Mieter (ausdrücklich oder implizit) ein wirtschaftliches Ergebnis oder eine bestimmte Anzahl Sitzplätze versprochen wurde (beispielsweise auch in einem Betriebskonzept, das Vertragsgrundlage, resp. Vertragsbestandteil bildet). Musste er eine bestimmte Einrichtung erwerben? Hat der Vermieter darauf hingewiesen, dass das Restaurant eine gewisse Rentabilität erzielt? Wurde der Mietzins mit Blick auf einen möglichen wirtschaftlichen Ertrag festgesetzt? Hat der Vermieter angesichts der privilegierten Lage der Räumlichkeiten eine Rentabilität in Aussicht gestellt? War die Fläche für Speis und Trank für den Mieter ein wesentlicher Bestandteil des Vertrags?

<sup>58</sup> Oder Art. 119 OR, für jene, die diese Bestimmung in Fällen der Teilunmöglichkeit für anwendbar erachten (vgl. hinten Ziff. 4.3 und 4.4).



sehen werden, die das Einfordern der Mietzinsdifferenz ermöglichen, wenn wieder bessere Tage kommen.<sup>59</sup>

## 2.10 Muss der Vermieter auf den Störer Rückgriff nehmen können?

**Saviaux**<sup>60</sup> ist der Meinung, dass Umstände ausserhalb des Einflussbereichs des Vermieters eine Mietzinsherabsetzung nur dann rechtfertigen, wenn der Eigentümer/der Vermieter auf den Störer zurückgreifen kann.

Folgt man der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die den Mieter nur insoweit schützen will, als auch der Vermieter geschützt ist (analoge Anwendung der Rechtsprechung zu Art. 679 und 684 ZGB auf Mietverträge),<sup>61</sup> kann die Überlegung von **Saviaux** nur für Störungen, die von einer benachbarten Baustelle ausgehen, von Relevanz sein.

Diesbezüglich ist zunächst festzustellen, dass eine derartige Übernahme von nachbarrechtlichen Bestimmungen in das Mängelrecht in der Doktrin keineswegs einhellig bejaht<sup>62</sup> und teilweise auch von kantonalen Gerichten abgelehnt wird.<sup>63</sup>

Andererseits gibt es Fälle, in denen der Mieter eine Herabsetzung des Mietzinses verlangen kann, während der Vermieter keine Entschädigung erhält.

Dies ist der Fall bei Mietern, die in der Nähe einer Autobahn, eines Zuges<sup>64</sup> oder eines Flughafens wohnen. Wenn der Lärm oder andere Immissionen (z.B. Erschütterungen), die von Betrieben aus der Nachbarschaft ausgehen, die Toleranzschwelle überschreiten, schuldet der Vermieter eine Mietzinsherabsetzung, während er vom Betreiber der Anlage nicht immer eine Entschädigung für die Verletzung von Nachbarrechten erhältlich machen kann, weil z.B. die Bedingung der Unvorhersehbarkeit<sup>65</sup> nicht erfüllt ist.<sup>66</sup>

<sup>59</sup> **Pichonnaz**, S. 1 f., Ziff. 1.

<sup>60</sup> **Saviaux**, S. 4 ff., Ziff. 5.

<sup>61</sup> Nicht veröffentlichter Bundesgerichtsentscheid vom 27. September 1985, SJ 1986 I/195; BGer 5C.117/2005 vom 16.08.2005, E. 2.3 (in dem das Bundesgericht die Mietzinsherabsetzung bei der Berechnung einer Entschädigung, die an den Nachbarn einer lärmintensiven Baustelle geschuldet war, berücksichtigt hat), →mp 2/06 S. 134.

<sup>62</sup> **Lachat/Rubli**, S. 313, Ziff. 3.3 mit weiteren Verweisen in Fn 83.

<sup>63</sup> Vgl. dazu die von **Lachat/Rubli**, S. 31 zitierte Rechtsprechung zu Immissionen von einer benachbarten Baustelle. In den erwähnten Fällen wäre es fraglich gewesen, ob der Vermieter erfolgreich einen Anspruch auf eine Entschädigung gestützt auf Art. 679 und 684 ZGB hätte geltend machen können.

<sup>64</sup> Im Entscheid BGer 4A\_130/2018 vom 26.07.2018, E. 5 wird festgehalten, dass die Frage, ob die Erstellung einer neuen Gleisanlage durch SBB eine Mietzinsherabsetzung rechtfertige, keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung sei (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG), →mp 4/18 S. 296.

<sup>65</sup> Damit ein Eigentümer Anspruch auf eine Entschädigung für die Verletzung von Nachbarrechten durch die öffentliche Hand hat, darf die Störung zum Zeitpunkt des Grundstückserwerbs weder bestanden haben noch vorhersehbar gewesen sein; sie muss zudem von einer gewissen Schwere sein und die Grenze des Üblichen und Erträglichen überschreiten (Bedingungen der Unvorhersehbarkeit, Erheblichkeit und Besonderheit).

<sup>66</sup> **BSK-Weber**, N 1a zu Art. 259d OR; **Lachat/Rubli**, S. 314, Ziff. 3.4; **Brunner**, S. 108 ff. und S. 156 ff., →mp 3/00 S. 97 und →mp 4/00 S. 153, Züst 2003, S. 162 f. A.M.: **CPra-Bail-Aubert**, N 31 zu Art. 259d OR (wo die Bedin-

Ebenso muss der Vermieter den Mietzins herabsetzen, wenn eine Wohnung durch Blitzschlag oder Feuer teilweise beschädigt wird, auch wenn er gegen solche Ereignisse schlecht versichert ist und seine Mietzinsausfälle nicht gedeckt sind.

Stört ein Mieter jede Nacht den Schlaf der anderen Mieter, so haben diese Anspruch auf eine Mietzinsherabsetzung, auch wenn der Vermieter zufolge Zahlungsunfähigkeit des Störers keinen Schadenersatz (Art. 257f Abs. 1 und 2 und Art. 97 OR)<sup>67</sup> von diesem erhältlich machen kann.

Die Möglichkeit für den Vermieter, die von ihm zu gewährende Mietzinsreduktion bei einem Dritten erhältlich zu machen, ist somit keine Voraussetzung des Herabsetzungsanspruches, wie **Blumer** zutreffend feststellt.<sup>68</sup>

Manche protestieren gegen eine vermeintliche Ungerechtigkeit.<sup>69</sup> Sie übersehen, dass der Vermieter zwar die Herabsetzung oder den Erlass des Mietzinses für die Dauer der mit Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 angeordneten Betriebsschliessungen hinnehmen muss, der Mieter seinerseits aber alle Aufwendungen und Geschäftsverluste<sup>70</sup> für den gleichen Zeitraum zu übernehmen hat. Der Vermieter hat mit anderen Worten den Mietzinsausfall, der Mieter den Geschäftsausfall zu tragen. Wirtschaftlich gesehen trifft das Coronavirus sowohl den Vermieter als auch den Mieter!

## 2.11 Eine unzulässige Verschiebung der Risiken?

Dem Mieter eine Mietzinsreduktion oder einen Mietzinsерlass zuzugestehen, stellt für **Iynedjian**<sup>71</sup> eine unrechtmässige und dem Grundsatz von Treu und Glauben widersprechende Überbindung eines wesentlichen Teils der unternehmerischen Risiken des Mieters auf den Vermieter dar.

Diese Auffassung missachtet das vom Gesetzgeber beabsichtigte Zusammenspiel zwischen Art. 259d und 259e OR.

gung der Unvorhersehbarkeit, Schwere und Besonderheit auch bei der Herabsetzung des Mietzinses verlangt wird mit Verweis auf **Adrian Walpen**, Bau- und Betrieb von zivilen Flughäfen unter besonderer Berücksichtigung der Lärmproblematik um den Flughafen Zürich, Diss. 2005).

<sup>67</sup> **Hensch**, S. 992.

<sup>68</sup> **Blumer**, N 751 (es ist unbeachtlich, ob der Vermieter von einem Drittverursacher Schadenersatz erhältlich machen kann oder nicht). In die gleiche Richtung **Wessner**, S. 27, N 96; **CPra Bail-Aubert**, N 24 zu Art. 259d OR; **Tschudi**, S. 118; **Lachat/Rubli**, S. 314, Ziff. 3.3 (es handelt sich dabei um ein Risiko des Vermieters, das über den Mietzins abgedeckt ist).

<sup>69</sup> **Saviaux**, S. 6 am Ende: «Il serait tout à fait contraire au plus élémentaire sens de la justice que de vouloir faire assumer au propriétaire/bailleur les conséquences financières découlant d'une pandémie mondiale».

<sup>70</sup> **Richli** weist in seinem Gutachten (S. 2 am Ende) darauf hin, dass die Schliessung von Betrieben zum Verluste von verderblichen Produkten führt, wie etwa bei Gärtnereien.

<sup>71</sup> **Iynedjian**, S. 4, letzter Absatz.

Wie im Falle von Art. 205 OR über die Minderung des Kaufpreises<sup>72</sup> und Art. 368 Abs. 2 OR über den Mangel des Werkes im Werkvertrag<sup>73</sup>, ist die Herabsetzung des Mietzinses vom Verschulden des Vermieters unabhängig, so wie die Minderung des Preises in den beiden erstgenannten Vertragsverhältnissen unabhängig vom Verschulden des Verkäufers oder des Unternehmers ist. Letztere wie auch der Vermieter haben daher für alle Mängel einzustehen, unabhängig davon, ob sie diese zu verantworten haben oder nicht, solange nicht der Vertragspartner die Mängel zu verantworten hat.

Auf der anderen Seite kann der Vermieter, wie auch der Verkäufer oder Unternehmer, von jeder Verpflichtung zur Zahlung von Schadenersatz befreit werden, indem er nachweist, dass ihn kein Verschulden trifft.

Im Falle der aktuellen Pandemie bedeutet dies, dass der Vermieter die Mietausfälle (Mietzinsherabsetzung oder -erlass) und der Mieter die Geschäftsverluste trägt.

Diejenigen Autoren<sup>74</sup>, die sich für das Coronavirus interessiert haben und dem Mieter jeglichen Anspruch auf Mietzinsherabsetzung oder -erlass verweigern, sprechen sich ihrerseits für eine unrechtmässige Übertragung des unternehmerischen Risikos des Vermieters auf den Mieter aus.

## 2.12 Fazit

Zusammenfassend teilen wir in der Grundsatzfrage, ob der Mieter, der auf Anordnung des Bundes sein Geschäft schliessen musste, weiterhin die volle Miete leisten muss, die Meinung jener Autoren, die zu Recht die Anwendung von Artikel 259d OR zulassen, nämlich **Schenkel**<sup>75</sup>, **Meier**<sup>76</sup> und, in einer ihrer Hypothesen, **Wetzel/Plattner**<sup>77/78</sup>.

<sup>72</sup> **CR CO-Venturi/Zenn Ruffinen**, N 4 zu Art. 197–210 OR; **BSK-Honsell**, N 1 zu Art. 197–210 OR. Die Mängelordnung im Mietrecht ist mit der Gewährleistungspflicht im Kauf- und Werkvertragsrecht vergleichbar: **BSK-Weber**, N 1 zu Art. 259d OR.

<sup>73</sup> **CR CO-Chaix**, N 1 zu Art. 368 OR; **BSK-Zindel/Pulver/Schott**, N7 zu Art. 368 OR.

<sup>74</sup> **lynedjian, Saviaux, Richard und Haefeli/Galli/Vischer**.

<sup>75</sup> **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, E. 2 und 3.

<sup>76</sup> **Meier**, S. 1 und 2, insbesondere: Müssen aufgrund behördlichen Anordnungen ganze Betriebe zwingend geschlossen werden, dann liegt wohl ein klarer Mangel vor, denn der Gebrauch des Mietobjektes wird nicht bloss gestützt auf höhere Gewalt, sondern konkret auf Veranlassung einer Drittpartei (Bund oder Kanton) schlicht verunmöglicht. Das Mietobjekt kann seine Funktion nicht mehr erfüllen. Dem geschäftstüchtigen Mieter ist es nicht mehr möglich, Geld zu verdienen».

<sup>77</sup> **Wetzel/Plattner**, S. 2, Ziff. 2.: «Schuldet der Vermieter ein Restaurant oder Ladengeschäft, welches dem Publikum zugänglich sein muss? Diese Frage ist offen und wir gehen davon aus, dass ein Gerichtsentscheid in beide Richtungen gefällt werden kann, ohne dass er grob rechtsfehlerhaft wäre. Einerseits kann argumentiert werden, eine effektive, faktische Nutzbarkeit des Mietobjektes zum vertraglich vereinbarten Gebrauch (gemäss dem vertraglich vereinbarten Verwendungszweck, z.B. Restaurant) sei geschuldet, womit es aktuell an der Gebrauchstauglichkeit des Mietobjektes fehlen würde».

<sup>78</sup> Im Protokoll des Stadtrats Zürich vom 1. April 2020 ist ebenfalls der Hinweis zu finden, dass von einem Mangel am Mietobjekt auszugehen ist und der Mieter über einen Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses verfügt.

## 3. Mietzinsherabsetzung oder Mietzinsерlass?

### 3.1 Keine Hinterlegung, Reduktion auf Nettomietzins

Wenn man zusammen mit uns Art. 259d OR auf Mietverträge, in denen die Nutzung des Mietobjekts aufgrund des Coronavirus untersagt ist, anwendet, ist Folgendes festzuhalten:

- Einerseits kann der Mieter den Mietzins nicht hinterlegen; die Hinterlegung des Mietzinses (Art. 259g bis 259i OR) setzt nämlich voraus, dass der Mangel durch den Vermieter behoben werden kann.<sup>79</sup> Leider kann ein Vermieter allein das Virus nicht besiegen oder die COVID-19-Verordnung 2 ausser Kraft setzen!
- Andererseits schuldet der Mieter grundsätzlich weiterhin Pauschal- oder Akontozahlungen für Nebenkosten wie Heizung und Warmwasser. Demnach ist ausschliesslich der Nettomietzins herabzusetzen oder zu erlassen.<sup>80/81</sup>

### 3.2 Verbliebener Nutzen des Mietobjekts für den Mieter

Einige der Autoren der Rechtsgutachten und Beiträge<sup>82</sup> weisen darauf hin, dass die betroffenen Mietobjekte auch nach ihrer Schliessung für die Öffentlichkeit einen Restnutzen für ihre Mieter behalten würden.

Sie können weiterhin ihre Möbel und Waren lagern, im Versandhandel oder Take-away verkaufen, ihre administrativen Aufgaben erledigen und Produkte in den Räumlichkeiten herstellen.

Diese Überlegungen sind zu berücksichtigen. Allerdings sollten die Tätigkeiten, die der Mieter in den für die Öffentlichkeit geschlossenen Räumlichkeiten weiterhin ausüben kann, nicht überschätzt werden und es sollte auch nicht vergessen werden, dass für die betroffenen Mieter der wesentliche Teil ihrer Tätigkeit im Verkauf oder in der Erbringung von Dienstleistungen besteht.

<sup>79</sup> **ZK-Higi/Wildisen**, N 9 und 23 zu Art. 259g OR; **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 11 zu Art. 259g OR; **CPra Bail-Aubert**, N 21 zu Art. 259g OR; **BSK-Weber**, N 4 zu Art. 259g OR; **Lachat/Rubli**, S. 337, Ziff. 7.3.3; a.M.: **Blumer**, N 763. Die herrschende Auffassung teilend: **Wetzel/Plattner**, S. 3 und 4.

<sup>80</sup> Differenziert: **ZK-Higi/Wildisen**, N 13 zu Art. 259d OR; **Mietrecht für die Praxis/Roy**, S. 249, Ziff. 11.4.3.4; **BSK-Weber**, N 6a zu Art. 259d OR; **CPra Bail-Aubert**, N 18 zu Art. 259d OR.

<sup>81</sup> Im bis heute (15. Mai 2020) letzten Vorschlag des Ständerates für eine politische Lösung ist vorgesehen, dass der Mieter die Nebenkosten weiterhin schuldet (vgl. hinten Ziff. 6.5).

<sup>82</sup> **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 11–14, E. 8.2; **Chambre genevoise immobilière**, S. 6–7; **Morvan/Di Nolfi**, S. 3, Ziff. 3; **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 5, Ziff. 2.2.2.

Es ist daher von Fall zu Fall nach Billigkeit<sup>83</sup> zu beurteilen, ob ein Mieter von seiner Mietzinshzahlungspflicht ganz zu befreien ist oder ob er nur Anspruch auf Herabsetzung des Mietzinses hat.

Für Dienstleistungen, die einen körperlichen Kontakt<sup>84</sup> zwischen dem Geschäftsinhaber und seinen Kunden (Coiffeur, Kosmetiker, Fusspfleger, Tätowierer, Prostituierte) erfordern, vertreten wir die Auffassung, dass ein vollständiger Erlass oder zumindest eine substantiell hohe Mietzinsherabsetzung zu gewähren ist. Die Ausübung dieser Berufe ist durch das Coronavirus und die Anordnungen gemäss COVID-19-Verordnung 2 völlig lahm gelegt worden. Diese Fachkräfte mussten ihre Tätigkeit während des Lockdowns ganz einstellen.

Ein Anspruch auf Mietzinsherabsetzung besteht unseres Erachtens auch für Mieter, die im Gesundheitsbereich (Hausärzte, Zahnärzte, Chiropraktoren oder Physiotherapeuten und andere Gesundheitsfachpersonen (vgl. vorn Ziff. 2.8) tätig sind. Sie mussten ihre Praxen zwar nicht schliessen (Art. 6 Abs. 3 lit. m COVID-19-Verordnung 2), ihre berufliche Tätigkeit jedoch auf die Behandlung von Patienten beschränken, die auf eine dringliche Behandlung angewiesen waren (Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2). Dieses Teilverbot für den Betrieb ihrer Praxis berechtigt diese Gesundheitsfachpersonen, ebenfalls eine Herabsetzung ihres Mietzinses zu verlangen (vgl. vorn Ziff. 2.8).

Gastronomen sind nur in der Bewirtschaftung ihrer Gäste «vor Ort» eingeschränkt.<sup>85</sup> Sie dürfen weiterhin Gerichte zum Mitnehmen verkaufen (Art. 6 Abs. 3 lit. b COVID-19-Verordnung 2). Bei der Beurteilung des konkreten Falles ist zu prüfen, ob sie dies tun<sup>86</sup> oder hätten tun können. Der Standort des Restaurationsbetriebs,<sup>87</sup> die im Lokal verfügbaren Einrichtungen und das Personal müssen berücksichtigt werden. Für eine begrenzte Zeit der Schliessung kann vom Restaurantbesitzer nicht verlangt werden, dass er Gerätschaften kauft oder mietet oder Personal zur Durchführung von Auslieferungen einstellt. Zudem sind bestimmte Formen der Küche (Haute Cuisine) nur für den Verzehr in den Räumlichkeiten geeignet.

<sup>83</sup> BGE 130 III 504 E. 4.1, →mp 3/04 S. 134; CPra Bail-Aubert N 19 f. zu Art. 259d OR und dort zahlreich zitierte Bundesgerichtsentscheide; BSK-Weber, N 6 zu Art. 259d OR; SVIT-Kommentar/Tschudi, N 29 zu Art. 259d OR; Schenkel, Schiedsgerichtsentscheid, S. 10, E. 8.1 (nach gesundem Menschenverstand).

<sup>84</sup> Art. 6 Abs. 2 lit. e COVID-19-Verordnung 2, in der Fassung vom 17. März 2020.

<sup>85</sup> Erläuternder Bericht des BAG. S. 16, zu lit. b und c.

<sup>86</sup> So der Fall im Schiedsverfahren Schenkel.

<sup>87</sup> Der Verkauf über die Strasse ist für Standorte mit Passantenverkehr einfacher. Während der Schliessung verschiedener Betriebe waren jedoch auch ansonsten gut frequentierte Lagen menschenleer.

### 3.3 Berücksichtigung des Umsatzrückgangs

Die Mietzinsreduktion muss verhältnismässig<sup>88</sup> zur Gebrauchseinschränkung des Mietobjektes sein. Unseres Erachtens ist für die Bemessung der Herabsetzung auch der Umsatz der noch möglichen Tätigkeit im Vergleich zu dem in normalen Zeiten erzielten Umsatz zu berücksichtigen.<sup>89</sup>

Können die Geschäftsräumlichkeiten aufgrund der Schliessung nur noch zur Lagerung von Waren oder Aufbewahrung von Mobilien verwendet werden, sind sie von geringer wirtschaftlicher Bedeutung, solange die kommerzielle Tätigkeit des Mieters nicht möglich ist.

Musste ein Laden nur einen Teil seiner Verkaufsflächen schliessen und konnte der Lebensmittelbereich geöffnet bleiben, ist unseres Erachtens ein allfällig ungewöhnlich hoher Umsatz beim Verkauf von Lebensmitteln ebenfalls zu berücksichtigen.

## 4. Objektive Unmöglichkeit (Art. 119 OR)

### 4.1 Objektive, nachträgliche und vorübergehende Unmöglichkeit

Unisono wird in den verschiedenen Rechtsgutachten und Beiträgen<sup>90</sup> danach gefragt, ob es die Massnahmen gemäss der COVID-19-Verordnung 2 verunmöglicht haben, die im Mietvertrag vermierterseits geschuldete Leistung zu erbringen.

Die Unmöglichkeit wäre diesfalls eine objektive: Die Überlassung der Mieträume zum Gebrauch wurde durch Umstände verunmöglicht, die weder der Vermieter<sup>91</sup>

<sup>88</sup> BGE 130 III 504 E. 4.1, →mp 3/04 S. 134; BGE 126 III 388 E. 11c (Die Herabsetzung bezweckt, das durch den Mangel entstandene Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung mittels Reduktion des Mietzinses wieder ins Lot zu bringen); CPra Bail-Aubert, N 18 zu Art. 259d OR; BSK-Weber, N 6 zu Art. 259d OR; SVIT-Kommentar/Tschudi, N 24-28 zu Art. 259d OR; ZK-Higi/Wildisen, N 12 ff. zu Art. 259d OR.

<sup>89</sup> HAP-Rohrer, N 5.54 und 5.78. In die gleiche Richtung, aber zu schematisch: Züst, S. 192 N 334 (Beispiel für ein Hotel). Diesbezüglich ebenfalls sehr schematisch: Schenkel, Schiedsgerichtsentscheid, E. 8.2 (wo allen Mietflächen [Küche, Lager, Nasszellen, Büro] der gleiche m<sup>2</sup>-Preis und damit ein identischer «Mietwert» beigegeben wird).

<sup>90</sup> Bohnet, S. 7-12, Ziff. B.; Wetzel/Plattner S. 4, Ziff. D; Haefeli/Galli/Vischer, S. 3-7, Ziff. 2.; Schenkel, Schiedsgerichtsentscheid, S. 7, E. 5; Iynejdian, S. 5. 2. Absatz; Higi, S. 2, Ziff. 4.; Chambre genevoise immobilière, S. 2 f.; Richard, S. 15, N 84-85; Peduzzi, S. 15-17, Ziff. 5; Reichle/Stehle, S. 7-11, Ziff. 3.3.

<sup>91</sup> Ist die Unmöglichkeit vom Vermieter zu vertreten, gelangen die Bestimmungen über Mängel am Mietobjekt (Art. 259a bis 259i OR) zur Anwendung. Weiss der Vermieter oder hätte er bei gehöriger Sorgfalt wissen müssen, dass er die von ihm zugesagte Leistung aus rechtlichen Gründen nicht wird erbringen können, ist Art. 97 OR anwendbar: BGE 111 II 352 E. 2a mit Verweisen. Das Resultat ist das gleiche: Art. 259e OR ist ein Anwendungsfall von Art. 97 OR.

noch der Mieter<sup>92</sup> zu verantworten hat (Art. 119 Abs. 1 OR). Auch für einen anderen Vermieter ist es nicht möglich, die Leistung zu erbringen.<sup>93</sup>

Die Unmöglichkeit wäre eine nachträgliche: sie tritt nach Vertragsabschluss und nach Übergabe des Mietobjektes ein.

Schliesslich wäre sie vorübergehender<sup>94</sup> Natur: Die Schliessung bestimmter Betriebe war nur für einen begrenzten Zeitraum vorgesehen. Die Anordnung der Schliessung galt ab 17. März 2020 bis zum 11. Mai 2020,<sup>95</sup> wobei auch über diesen Zeitraum hinaus gewisse Einrichtungen geschlossen bleiben müssen.<sup>96</sup>

Es ist unbestritten, dass auch rechtliche Gründe<sup>97</sup> zu einer objektiven nachträglichen Unmöglichkeit führen können, wie beispielsweise eine behördliche oder gesetzliche Anordnung. Eine derartige Anordnung stellt Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung<sup>298</sup> dar.

## 4.2 Dauerhafte Unmöglichkeit

Gemäss Rechtsprechung<sup>99</sup> und Lehre<sup>100</sup> muss die nachträgliche Unmöglichkeit definitiv oder anders ausgedrückt, dauerhaft sein.

Im Falle einer objektiven Unmöglichkeit, verstanden als fehlende Möglichkeit des Vermieters, seine Leistung (Überlassung des Mietobjekts zum Gebrauch) zu erbringen, erlöschen die Pflichten aus dem Mietvertrag «automatisch», ohne dass eine Kündigung ausgesprochen werden müsste; damit erlischt auch die Mietzinszahlungspflicht des Mieters.<sup>101</sup> In diesem Fall hat keine der Partei der anderen eine Entschädigung zu leisten.

<sup>92</sup> Ist die Unmöglichkeit vom Mieter zu vertreten, gelangt Art. 119 OR ebenfalls nicht zur Anwendung: BGE 116 II 512 E. 2.; Beispiele für Cafés und Restaurants: **Lachat** 2014, S. 237, N 32.

<sup>93</sup> Merkwürdigerweise bestreitet **Peduzzi**, S. 17, Ziff. 5.2 die Existenz einer objektiven Unmöglichkeit, denn durch die Vermietung von Geschäftsräumen hätte der Vermieter dem Mieter nicht garantiert, dass er dort seine berufliche Tätigkeit ausüben könne (ausser es seien vom Vermieter besondere Zusagen, die über den spezifischen Bereich der Miete hinausgehen, gemacht worden). Vgl. auch vorn Fn 12.

<sup>94</sup> Zeitliche (Teil)Unmöglichkeit, vgl. hierzu **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 5, Ziff. 2.2.2.

<sup>95</sup> Die Wiederaufnahme der geschäftlichen Tätigkeit ab 11. Mai 2020 setzt dabei die Einhaltung von Schutzmassnahmen voraus.

<sup>96</sup> Wie etwa Theater und Kinos.

<sup>97</sup> BGE 111 II 352 E. 2a; BGE 57 II 532 E. 2; **BSK-Weber**, N 4 zu Art. 253 OR; in die gleiche Richtung: **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 4, Ziff. 2.2.1.

<sup>98</sup> In der Fassung vom 17 März 2020.

<sup>99</sup> BGE 4C.344/2002 vom 12.11.2003, E. 4.

<sup>100</sup> **Pichonnaz 1997**, N 690 mit Verweisen; **ZK-Aepli**, N 44 zu Art. 119 OR mit weiteren Verweisen; **BSK-Wiegand**, N 1 zu Art. 119 OR.

<sup>101</sup> **ZK-Higi**, N 22–26 zu Art. 266–266o OR; **Lachat** 2014, S. 236, N 32; **SVIT-Kommentar/Müller**, N 15 zu Art. 266g OR; Entscheid Obergericht Solothurn vom 7. Juli 2000, →mp 2/03 S. 67.

Dazu zwei typische Beispiele: das gemietete Chalet wurde von einer Lawine mitgerissen, die Geschäftsräumlichkeiten wurden durch ein Feuer massiv beschädigt. Die Ursache dieser Vorgänge kann weder dem Vermieter noch dem Mieter zugerechnet werden und es sind die Schäden derart gross, dass vom Vermieter vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, die Mietobjekte wieder instand zu setzen. Eine Instandsetzung würde in diesen Fällen den Abriss und Neubau notwendig machen.

Die Unmöglichkeit der Vertragserfüllung ist dagegen weder definitiv noch dauerhaft, wenn deren Ende abzusehen ist<sup>102</sup> oder wenn sicher ist, dass die Erfüllung vor Beendigung des Mietvertrages wieder möglich wird.<sup>103</sup>

Folgt man diesen Überlegungen, findet Art. 119 OR keine Anwendung bei Mietverhältnissen über Geschäftsbetriebe, welche gestützt auf die COVID-19-Verordnung 2 haben schliessen müssen. Bei der angeordneten Schliessung handelt es sich um eine ausserordentliche, zeitlich begrenzte Massnahme,<sup>104</sup> welche keine dauerhafte Unmöglichkeit der Vertragserfüllung des Vermieters begründet.

Für jenen Teil der Lehre, welcher sich den zuvor genannten Grundsätzen anschliesst, findet Art. 119 OR keine Anwendung auf Fälle teilweiser Unmöglichkeit (quantitativ oder zeitlich)<sup>105</sup>, sondern es leidet das Mietobjekt an einem Mangel und es gelangen die Mängelrechte (Art. 259a bis 259i OR)<sup>106</sup> zur Anwendung. Zurück auf Feld eins!

### 4.3 Teilunmöglichkeit

Ein Teil der Lehre<sup>107</sup> lässt die Anwendung von Art. 119 OR auch auf Fälle der Teilunmöglichkeit zu, wobei verschiedene Kategorien der Teilunmöglichkeit denkbar sind:

<sup>102</sup> BGer 4C.344/2002 vom 12.11.2003, E. 4; **BSK-Wiegand** N 16 zu Art. 97 OR.

<sup>103</sup> **ZK-Higi/Wildisen**, N 26 zu Art. 258 OR; **ZK-Aeppli**, N 121 zu Art. 119 OR; **Bohnet**, S. 11, Ziff. 5; **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 7 f., E. 5.1.

<sup>104</sup> A.M.: **Brutschin/Rubli/Stastny**, S. 5, Ziff. 2.6, weil zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrags nicht bekannt war, wann die Massnahmen zu Ende gehen würden.

<sup>105</sup> Vgl. zur Teilunmöglichkeit sogleich nachfolgend Ziff. 4.3.

<sup>106</sup> **ZK-Higi/Wildisen**, N 24 zu Art. 258 OR; **CPra Bail-Aubert**, N 8 zu Art. 258 OR; **Lachat**, S. 803, Ziff. 4.1; **Lachat 2014**, S. 32, N 236; **Mietrecht für die Praxis/Thanei**, S. 668, Ziff. 24.4.1; **SVIT-Kommentar/Tschudi**, N 14 zu Art. 258–259i OR; TBL VD, CdB 2010, S. 2010; **BSK-Weber**, N 4 zu Art. 253 OR: «Ergeht ein öffentlich-rechtliches Verbot der Weiterbenützung, so entstehen nach den allgemeinen Regeln vertragliche Minderungs- und Schadenersatzansprüche (Art. 259d und 259e).» Es bleibt zu bemerken, dass **Weber** (ibidem) neben der Anwendung der Mängelrechte ausnahmsweise auch die Anwendung von Art. 119 OR zulässt: «Ausnahmenweise können öffentlich-rechtliche Beschränkungen auch zur objektiven Unmöglichkeit der weiteren Vertragserfüllung nach Art. 119 führen.»

<sup>107</sup> **CR CO-Thévenoz**, N 19 zu Art. 119 OR; **BSK-Wiegand**, N 13 zu Art. 119 OR; **BSK-Weber**, N 4 zu Art. 253 OR; **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 7, E. 5.1.



- eine quantitative Teilunmöglichkeit: ein Teil der Leistung kann nicht mehr erbracht werden, so wenn der Vermieter aufgrund behördlicher Auflagen dem Mieter nur noch einen Teil der vermieteten Flächen zum Gebrauch überlassen darf.<sup>108</sup>
- eine zeitlich vorübergehende Unmöglichkeit: Ein Brand zerstört Teile der Geschäftsräumlichkeiten und es ist das Mietobjekt während der Dauer der Renovationsarbeiten nicht nutzbar.<sup>109</sup>

Der Mietvertrag hat in diesen Fällen weiterhin Bestand,<sup>110</sup> der Mieter hat dagegen lediglich einen am verbliebenen Nutzen gemessenen, reduzierten Mietzins zu leisten.<sup>111</sup> Vorbehalten bleibt eine anderslautende vertragliche Regelung.<sup>112</sup>

#### 4.4 Zweckfortfall und Verwendungsunmöglichkeit

Es sind Konstellationen denkbar, in denen dem Vermieter seine Leistung objektiv noch möglich, diese für den Mieter jedoch nutzlos geworden ist. Dies war während der Zeit der vom Bund angeordneten Betriebsschliessungen der Fall.

Dazu werden von einigen Autoren zwei Hypothesen unterschieden:<sup>113</sup>

- Die Leistung des Vermieters ist noch möglich, der Mieter kann sie jedoch nicht mehr entgegennehmen (Zweckfortfall oder Zweckverfehlung<sup>114</sup>). Beispiel:<sup>115</sup> Ein Arzt kann den Patienten nicht mehr operieren, weil dieser verstorben ist; der Maler kann das Gebäude nicht mehr malen, weil es abgebrannt ist.
- Die Leistung des Vermieters ist ebenfalls noch möglich, der Mieter kann sie auch entgegennehmen, allerdings nicht mehr für den vorgesehenen Zweck verwenden (Verwendungsunmöglichkeit). Beispiel: Die vor der Hochzeit verlassene

<sup>108</sup> Oder im Falle eines teilweisen Nutzungsverbots, was bei den Gesundheitseinrichtungen der Fall ist, vgl. vorn Ziff. 2.8.

<sup>109</sup> **Pichonnaz 1997**, N 722, wonach bei einer Dauerleistung, die zum vorgesehenen Zeitpunkt nicht erfüllt werden kann, ein Fall von teilweiser Unmöglichkeit vorliegt, weil die verlorene Zeit nicht mehr aufgeholt werden kann.

<sup>110</sup> Gemäss unserer Auffassung muss der Mieter das Mietobjekt nicht zurückgeben, sofern er sich auf eine Teilunmöglichkeit beruft und die Anpassung des Mietvertrages verlangt. A.M.: **Bohnet**, S. 10 f.; **Saviaux**, S. 8 f., N 11. Siehe auch vorn 4.3, letzter Absatz.

<sup>111</sup> **BSK-Weber**, N 4 zu Art. 253 OR («Diese Teilunmöglichkeit führt zu einer richterlichen Neufestsetzung des noch geschuldeten Mietzins.») und N 1 zu Art. 259a OR; differenziert: **BK-Aeppli**, N 112 ff. zu Art. 119 OR; unveröff. Bundesgerichtsentscheid vom 21. Mai 2001, SJ 2001 I 541 E. 2e.

<sup>112</sup> Art. 119 Abs. 3 OR. Für Mietverträge ist derartiges unüblich.

<sup>113</sup> **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 6 f., Ziff. 2.3.

<sup>114</sup> Die Sache wird noch etwas komplizierter: **BSK-Wiegand**, N 6 zu Art. 119 OR unterscheidet die Fälle einer unmöglichen Entgegennahme der Leistung des Vermieters zufolge Zweckerreichung (Zweck der vertraglichen Leistung ist bereits erfüllt) einerseits und zufolge Zweckfortfalls (Zweck der vertraglichen Leistung ist dahin gefallen, wie etwa beim abgebrannten Haus, das nicht mehr renoviert werden kann) andererseits. Ebenso **CR CO-Thévenoz**, N 5 zu Art. 119 OR. Bezüglich der möglichen Rechtsfolgen unterscheiden sich die Auffassungen ebenso: **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 6, Ziff. 2.3.1 mit Verweisen. Bezüglich der praktischen Auswirkungen einer Teilunmöglichkeit (Beendigung des Mietvertrages oder Anpassung der vertraglichen Leistungen?): **CR CO-Thévenoz**, N 27–32 zu Art. 119 OR.

<sup>115</sup> **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 6, Ziff. 2.3.1.

Braut, die das bestellte Brautkleid nicht mehr zum vorgesehenen Zweck verwenden kann.<sup>116</sup>

Im ersten Fall ist der Vermieter von seiner Pflicht zur Überlassung des Mietobjekts befreit und es schuldet der Mieter keinen Mietzins mehr. Im zweiten Fall bleiben die Parteien an ihre vertraglichen Verpflichtungen gebunden. Der Vermieter muss das Mietobjekt zur Verfügung stellen, der Mieter schuldet den vollen Mietzins. Es bleibt somit zu bestimmen, welche der beiden Hypothesen in Fällen von coronabedingten Schliessungen von Geschäftsräumen zur Anwendung gelangt.

Für **Haefeli/Galli/Vischer**<sup>117</sup> kann der Mieter in Fällen von Schliessungsanordnungen das Mietobjekt entgegennehmen, es allerdings nicht mehr zum vorgesehenen Zweck gebrauchen (Verwendungsunmöglichkeit). Der Mieter muss den Mietzins in voller Höhe bezahlen.

Unseres Erachtens liesse sich genauso gut argumentieren, der Vermieter kann das Mietobjekt zwar noch übergeben, der Mieter dieses zum vorgesehenen Zweck, nämlich zum Betrieb einer Geschäftstätigkeit, nicht mehr entgegennehmen (Zweckfortfall).

Die Einteilung in die beiden vorgenannten Hypothesen erscheint uns derart akademisch und unscharf,<sup>118</sup> dass eine zuverlässige Antwort nicht möglich ist. Das Bundesgericht ist ebenso zurückhaltend wie wir.

In einem alten Entscheid die MIGROS als Mieterin betreffend, vertrat das Bundesgericht die Auffassung, dass diese den vertraglich vereinbarten Mietzins in voller Höhe schulde, obwohl ein kantonaler Erlass im Kanton Waadt den Betrieb von Filialen der Migros, eines im damaligen Zeitpunkt im Entstehen begriffenes Unternehmen, verbot.<sup>119</sup> Das Bundesgericht hat erwogen, dass die Parteien den Verwendungszweck vertraglich nicht genau festgelegt hätten. Sie wurden als Lager, Zwischenlager, Büro etc. gemietet und durften an ein Lebensmittelgeschäft untervermietet werden. Zudem hatte es die MIGROS unterlassen, die Mieträumlichkeiten an den Vermieter zurückzugeben.

Im Fall EMRICH<sup>120</sup> befreite das Bundesgericht eine Zahnärztin ohne Fähigkeitsausweis von der Zahlung der Miete, weil sie ihre Tätigkeit nach einer kantonalen Gesetzesänderung, die neu ein Eidgenössisches Diplom verlangte, nicht mehr ausüben konnte. Das Mietobjekt wurde als Zahnarztpraxis gemietet und es hatte die Mieterin vom Vermieter, der davor selber Zahnarzt war, die bisher geführte Praxis «samt al-

<sup>116</sup> **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 6, Ziff. 2.3.2. mit Verweis auf **Alfred Koller**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, Rz 53.16.

<sup>117</sup> **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 7, Ziff. 2.3.2. In die gleiche Richtung **Reichle/Stehe**, S. 11, Ziff. 3.3.3, N 31–34.

<sup>118</sup> **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 6, Ziff. 2.3.2: «Grosse Schwierigkeiten bereitet die Abgrenzung des Zweckfortfalls von der Verwendungsunmöglichkeit.».

<sup>119</sup> BGE 62 II 42.

<sup>120</sup> BGE 57 II 532.

lem Zubehör» übernommen. Die Mieterin hatte das Mietobjekt überdies an den Vermieter zurückgegeben.

Im Fall ELEKTRIZITÄTSWERK DES KANTONS ZÜRICH<sup>121</sup> wurde ein Fabrikant von der Bezahlung der Stromrechnung befreit, nachdem seine Fabrik abgebrannt war.

Im Verfahren der MIGROS hat das Bundesgericht erwogen, dass der Mieter die Mieträumlichkeiten nicht nutzen könne (Verwendungsunmöglichkeit). In den Verfahren EMRICH und ELEKTRIZITÄTSWERK DES KANTONS ZÜRICH erkannte das Bundesgericht auf einen Wegfall des Vertragszwecks (Zweckfortfall). Die Unterscheidung wäre damit auf der einen Seite von der Vertragsklausel, die den Verwendungszweck umschreibt, und auf der anderen Seite von der Frage abhängig, ob der Mieter das Mietobjekt zurückgegeben hat oder nicht.

Wir können uns den Erwägungen des Bundesgerichts im Fall MIGROS nicht anschliessen. So kann sich der Verwendungszweck von Mieträumlichkeiten auch aus dem üblichen Gebrauch oder einer stillschweigenden Vereinbarung ergeben (vgl. vorn Ziff. 2.2). Das Bundesgericht hätte unseres Erachtens über die sehr weit gefasste vertragliche Zweckbestimmung hinaus prüfen müssen, ob die Parteien nicht stillschweigend vereinbart hatten, dass das Mietobjekt für den Betrieb eines MIGROS-Ladens bestimmt war oder ob es sich bei diesem nicht um ein Lebensmittelgeschäft handelt.

Ist es angemessen, die Unterscheidung zwischen dem Zweckfortfall und der Verwendungsunmöglichkeit allein vom Wortlaut der Vertragsklausel über den Zweck der Räumlichkeiten abhängig zu machen und die anderen Umstände des Einzelfalls ausser Acht zu lassen?

**Bohnet** scheint uns den älteren Urteilen MIGROS und EMRICH eine zu grosse Bedeutung beizumessen, indem er für die Anwendung von Art. 119 OR voraussetzt, dass sich die Parteien auf eine besondere Nutzung der Räumlichkeiten geeinigt haben, die über jene gemäss Art. 256 und Art. 259a ff. OR hinausgeht.<sup>122</sup>

Die Frage nach der Rückgabe des Mietobjektes an den Vermieter ist nur dort von Bedeutung, wo der Mieter behauptet, seine vertraglichen Verpflichtungen seien gestützt auf Art. 119 OR entfallen (Unmöglichkeit). In Fällen teilweiser Unmöglichkeit stellt sich die Frage nicht, da diese nur zu einer zeitlich limitierten Anpassung des Mietvertrages führt.<sup>123</sup>

<sup>121</sup> BGE 48 II 366.

<sup>122</sup> **Bohnet**, S. 9–10, Ziff.3; In die gleiche Richtung **Reichle/Stehle**, S. 11, Ziff. 3.3.3, N 31–34.

<sup>123</sup> A.M.: **Saviaux**, S. 8–9, N 11 ; **Bohnet**, S. 10–11.

## 4.5 Fazit

Der Weg über Art. 119 OR ist für den uns interessierenden Fall von Betriebsschliessungen gestützt auf die COVID-19-Verordnung 2 mit Unsicherheiten verbunden.<sup>124</sup> Ausschiessen möchten wir ihn nicht. Erforderlich wäre, die Anwendung von Art. 119 OR auch auf Fälle der vorübergehenden Unmöglichkeit (Teilunmöglichkeit in zeitlicher Hinsicht) zuzulassen, und zwar auch dann, wenn der Mieter das Mietobjekt nicht an den Vermieter zurückgibt. Aber selbst dann könnte die Anwendung von Art. 119 OR daran scheitern, dass die Parteien keinen spezifischen Verwendungszweck vereinbart haben.

Bei einer teilweisen Unmöglichkeit (quantitativ und/oder zeitlich) bevorzugen wir daher die Auffassung, wonach die mietrechtlichen Mängelrechte zur Anwendung gelangen (vgl. Ziff. 2).

Unabhängig davon, ob Art. 259d OR oder Art. 119 OR angewendet wird, das Ergebnis ist das gleiche: Der Mieter muss ganz oder teilweise von seiner Mietzinszahlungspflicht befreit werden.

Für den Mieter hätte die Anwendung von Art. 119 OR freilich einen Vorteil gegenüber der Anwendung von Art. 259d OR: Die Mietzinsreduktion wäre ipso facto fällig, ohne dass der Mieter sie überhaupt beantragen müsste.<sup>125</sup>

Aber selbst in Zeiten des Coronavirus ist es vom Mieter nicht zu viel verlangt, dass er mit seinem Vermieter oder der Liegenschaftsverwaltung spricht oder ein SMS oder eine E-Mail sendet!

<sup>124</sup> **Brutschin/Rubli/Stastny**, S. 1, haben darauf hingewiesen, dass die Anwendung von Art. 119 OR in Rechtskreisen zu kontroversen Beurteilungen führen kann. **Bohnet**, S. 30 beurteilt die Anwendung von Art. 119 OR als «douteuse» (zweifelhaft). **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 5–7, **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 7 f., E. 5, **Iynedjian**, S. 5, **Richard**, S. 15, Ziff. IX und **Wetzel/Plattner**, S. 4, Ziff. D und **Peduzzi**, S. 16 f., Ziff. 5.2 lehnen die Möglichkeit des Mieters, sich zur Begründung eines Mietzinserslasses oder einer Senkung während der behördlich angeordneten Schliessung ihrer Betriebe auf Art. 119 OR zu berufen, ab.

<sup>125</sup> «So geht die Forderung im Zeitpunkt des Unmöglichwerdens von Gesetzes wegen unter.»: **BSK-Wiegand**, N 11 zu Art. 119 OR; **CR CO Thévenoz**, N 1 zu Art. 119 OR.

## 5. Vertragsanpassung (*clausula rebus sic stantibus*)

### 5.1 Geltungsbereich der *clausula*

Die Professoren **Koller** und **Richli**,<sup>126</sup> die von der Anwendung von Art. 259d oder 119 OR auf die vom Bund verfügte Schliessung gewisser Betriebe wenig angetan sind, schlagen einen dritten Weg vor, die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus*.

Eine Anpassung des Mietvertrags kommt in der Tat in Betracht, wenn sich die Verhältnisse seit Vertragsabschluss derart geändert haben, dass die Erfüllung des Vertrages für eine der Parteien<sup>127</sup> nicht mehr zumutbar ist.<sup>128</sup>

Je nach Umständen kann die betroffene Partei eine Kündigung gestützt auf Art. 266g OR aussprechen oder eine richterliche Anpassung des Vertrags an die veränderten Verhältnisse verlangen.<sup>129</sup>

Nach den Grundsätzen der *clausula rebus sic stantibus* kann die durch einen Vertrag gebundene Partei ganz oder teilweise von ihren Verpflichtungen befreit werden, wenn durch nachträgliche, weder voraussehbare noch vermeidbare Umstände ein derart offenkundiges Missverhältnis<sup>130</sup> zwischen Leistung und Gegenleistung eingetreten ist, dass das Beharren auf dem Vertrag als missbräuchlich erscheint.<sup>131</sup>

Im vorliegend interessierenden Fall käme die *clausula rebus sic stantibus* demnach zur Anwendung, wenn der Vermieter sein Recht missbraucht, indem er auf der Bezahlung des ungeschmälernten Mietzins beharrt, während der Mieter seiner geschäftlichen Tätigkeit im Mietobjekt nicht nachgehen kann.

In der Tat erschiene es exorbitant, vom Mieter, der sein Geschäft für seine Kunden hat schliessen müssen, den vollen Mietzins zu verlangen.

<sup>126</sup> **Koller**, S. 1, N 2: «Ob und im welchem Umfang der Mietzins geschuldet sei, könne wegen der aussergewöhnlichen, unvorhersehbaren und nicht verschuldeten Ereignisse nur von Fall zu Fall aufgrund einer Würdigung aller Umstände beurteilt werden»; **Richli**, S. 2: «Aufgrund der *clausula rebus sic stantibus* besteht demnach eine Rechtspflicht der Vermieterseite, sich angesichts des staatlich angeordneten Geschäftsschliessung auf eine Vertragsanpassung einzulassen.» Gleicher Meinung **Reichle/Stehle**, S. 14–18.

<sup>127</sup> Oder für beide Parteien.

<sup>128</sup> **BSK-Wiegand**, N 95 zu Art. 18 OR.

<sup>129</sup> **CR CO-Thévenoz**, N 5 zu Art. 119 OR; **BSK-Wiegand**, N 6 zu Art. 119 OR («... sind die gestörten Verträge durch den Richter anzupassen.»); **CR CC-Chappuis**, N 56 zu Art. 2 ZGB.

<sup>130</sup> Gesprochen wird auch von einer gravierenden Äquivalenzstörung: BGE 127 II 300 E. 5b.

<sup>131</sup> BGE 135 III 1 E. 2.4; BGE 128 III 428 E. 3c; BGE 127 III 300 E. 5b; BGE 97 II 390 E. 6

## 5.2 Subsidiarität

Wie die Autoren der Rechtsgutachten<sup>132</sup> behandeln auch wir dieses Kapitel nur der Vollständigkeit halber. Die *clausula* ist ein subsidiärer Rechtsbehelf und kommt nur zur Anwendung, wenn Vertrag<sup>133</sup> oder Gesetz<sup>134</sup> keine Anpassungsregeln kennen.

Sofern man die in diesem Beitrag vertretene Auffassung teilt, dass die vom Bund angeordnete Schliessung einzelner Geschäftsbetriebe einen Mangel am Mietobjekt begründet (vgl. vorn Ziff. 2<sup>135</sup>), muss sich der Mieter zur Wiederherstellung des vertraglichen Gleichgewichts zwischen Leistung und Gegenleistung nicht auf die *clausula* berufen. Er täte dies nur, um sich aller möglichen Rechtsbehelfe zu bedienen und für den Fall, dass er das angestrebte Ergebnis nicht mittels einer Mietzinsreduktion erreichen könnte (Art. 259d OR, vgl. vorn Ziff. 2.).

Die Verfasser der Rechtsgutachten sind sich über den Begriff «unvorhersehbare Umstände» weitgehend einig<sup>136</sup> und anerkennen die Tatsache, dass es sich bei der Corono-Pandemie und dem dadurch bedingten Erlass der COVID-19-Verordnung 2 um ein gravierendes und nicht vorhersehbares Ereignis handelt, das geeignet ist, die vertraglichen Leistungen aus dem Gleichgewicht zu bringen.<sup>137</sup>

## 5.3 Lässt Art. 266g OR Raum für eine richterliche Vertragsanpassung?

**Iynedjian**<sup>138</sup>, **Saviaux**<sup>139</sup> und **Peduzzi**<sup>140</sup> sind der Ansicht, dass eine Vertragsanpassung gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* ausgeschlossen sei, da diese durch Art. 266g OR (ausserordentliche Kündigung aus wichtigen Gründen) «absorbiert» wird.

Für diese Autoren wäre es im Falle einer unvorhersehbaren Änderung der Umstände dem Mieter nur gestattet, den Mietvertrag bei Vorliegen der in Art. 266g OR

<sup>132</sup> **Bohnet**, S. 12–30; **Iynedjian**, S. 5–7; **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 9, Ziff. 2.5; **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 8–10, E. 6 und 7; **Richard**, S. 17–19, N 95–113; **Peduzzi**, S. 13, Ziff. 4.1.

<sup>133</sup> Gewisse Verträge enthalten Klauseln, die ihre Anpassung ermöglichen, wenn aussergewöhnliche und unvorhersehbare Umstände eintreten, die ihre Fortsetzung für eine oder beide Parteien unzumutbar machen.

<sup>134</sup> **CPra Bail-Wessner**, N 8 zu Art. 266g OR; **Steinauer**, N 606; **BK-Hausheer/Aebi-Müller**, N 229 zu Art. 2 ZGB.

<sup>135</sup> Oder wenn man anerkennt, dass die Leistung des Vermieters aufgrund der COVID-19-Verordnung 2 vorübergehend unmöglich geworden ist (Art. 119 OR, vgl. vorn 4.3–4.5).

<sup>136</sup> **Bohnet**, S. 12–30; **Iynedjian**, S. 5–7; **Haefeli/Galli/Vischer**, S. 9, Ziff. 2.5; **Schenkel**, Schiedsgerichtsentscheid, S. 8–10, E. 6 und 7; **Richard**, S. 17–19, N 95–113.

<sup>137</sup> **Tanquerel**, S. 2: «Pour les entreprises qui exercent l'essentiel de leur activité dans les locaux loués et n'ont pas la possibilité de réorganiser cette activité d'une autre manière, le dommage qui en résulte est manifestement grave, pouvant souvent même menacer leur survie.»; detailliert: **Reichle/Stehele**, S. 16 f., Ziff. 3.5.2., N 50–58.

<sup>138</sup> **Iynedjian**, S. 7.

<sup>139</sup> **Saviaux**, S. 8, N 10.

<sup>140</sup> **Peduzzi**, S. 13 f., Ziff. 4.2.

umschriebenen Voraussetzungen zu kündigen. Bei der Bestimmung von Art. 266g OR handelt es sich nach dieser Auffassung um eine *lex specialis* in Bezug auf die *clausula rebus sic stantibus*.

Somit würde auch eine unvorhergesehene Änderung der Verhältnisse dem Gericht keine Möglichkeit geben, den Vertrag den neuen Umständen anzupassen und die vertraglichen Leistungen wieder in ein Gleichgewicht zu bringen.

Diese Auffassung wird von **Higi** unterstützt: «Als zwingende Norm lässt Art. 266g sodann grundsätzlich keinen weiteren Raum für anderweitige (inhaltliche) Vertragsanpassungen gestützt auf eine vertragliche Regelung oder gar auf die allgemeinen Grundsätze der *clausula rebus sic stantibus*.»<sup>141</sup>

Andere Autoren<sup>142</sup> gehen davon aus, dass der Anwendungsbereich der *clausula* über jenen von Art. 266g OR hinausgeht<sup>143</sup> und es dem Gericht erlaubt ist, die vertraglichen Leistungen an die veränderten Verhältnisse anzupassen.

Wir<sup>144</sup> schliessen uns aus folgenden Gründen den zweitgenannten Autoren an:

- Für die Rechtsprechung<sup>145</sup> und die Lehre<sup>146</sup> erlaubt die Vertragsanpassung gestützt auf die *clausula rebus sic stantibus* dem Gericht auch, der Exorbitanz ein Ende zu setzen, indem es die Leistung jeder der Vertragsparteien anpasst, zum Beispiel durch eine Verkürzung der Mietvertragsdauer oder durch eine Anpassung<sup>147</sup> des Nettomietzinses und der Nebenkosten.<sup>148</sup>
- Vernünftiger Pragmatismus und der Grundsatz der Verhältnismässigkeit müssen es den Parteien, die mit einer unerwarteten, aussergewöhnlichen, jedoch zeitlich befristeten Veränderung der Verhältnisse konfrontiert sind, ermögli-

<sup>141</sup> **Higi**, N 26 zu Art. 266g OR mit weiteren Verweisen. Vgl. auch zum alten Recht **Werner Sprenger**, Entstehung, Auslegung und Auflösung des Mietvertrags für Immobilien, Diss. 1972, zitiert von **Bohnet**, S. 25.

<sup>142</sup> **ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann**, N 792 zu Art. 18 OR mit weiteren Verweisen in Fn 310; **CPra Bail-Wessner**, N 7 zu Art. 266g OR; ebenso die von **Bohnet**, S. 26 zitierten Autoren. Für **Weber** kann Art. 266g OR als Umsetzung der *clausula rebus sic stantibus* im Dauerschuldverhältnis bezeichnet werden, wobei eine Kündigung nicht zwingend ein Ungleichgewicht der vertraglichen Leistungen erfordere, sondern hier vielmehr auch der Persönlichkeitsschutz ein Rolle spiele (**BSK-Weber**, N 1 zu Art. 266g OR mit Verweis auf BGE 128 III 428 E. 3c). Offenbar gleicher Meinung: **Reichle/Stehle**, S. 15, Ziff. 3.5.1., N 48.

<sup>143</sup> Oder wie es **BSK-Wiegand**, N 97 zu Art. 18 OR ausdrückt: «Dabei ist [...] nur am Rande auf die Kündigung aus wichtigem Grund, die allerdings einen Unterfall der *clausula rebus sic stantibus* darstellt, [einzugehen].»

<sup>144</sup> Nuanciert: **Bohnet**, S. 28: «Il n'est pas exclu, que la *clausula* puisse servir à adapter le contrat plutôt qu'à le résilier».

<sup>145</sup> BGE 127 III 300 E. 6; BGE 122 II 97 E. 3a; weitere, ältere Entscheide zitiert von **Bohnet**, S. 18–22.

<sup>146</sup> **CR CO-Thévenoz**, N 5 zu Art. 119 OR; **BSK-Wiegand**, N 6 zu Art. 119 OR; **CPra Bail-Wessner**, N 7 zu Art. 266g OR.

<sup>147</sup> Nach oben oder nach unten.

<sup>148</sup> Bei einem auf 20 Jahre befristeten Mietvertrag und pauschal vereinbarten Nebenkosten muss der Vermieter oder Mieter die Möglichkeit haben, eine Anpassung der Pauschale zu verlangen, wenn die Nebenkosten erheblich gesunken oder angestiegen sind. Dasselbe gilt, wenn die Nebenkosten in der Nettomiete enthalten sind. Der Vertrag soll in diesen Fällen angepasst werden können, ohne dass dessen Vertragsende abgewartet werden müsste, wie es Art. 269a lit. b, resp. Art. 270a Abs. 1 OR verlangen. In solchen Fällen ist es kaum vorstellbar, dass eine vorzeitige Beendigung des Mietvertrags der einzige Ausweg ist.

chen, sich für die am wenigsten radikale Lösung zu entscheiden. Warum sollte man annehmen, dass die Kündigung des Mietvertrags, der bei der Miete von Geschäftsräumen oft langfristig ist, der einzige Ausweg für die eine oder andere Partei darstellt?<sup>149</sup> Wenn eine vorübergehende Neuregelung der Verpflichtungen es den Vertragsparteien ermöglicht, «den Sturm zu überstehen», warum sollte man dann die Vertragsparteien drängen, eine bisher erfolgreiche Vertragsbeziehung zu beenden?<sup>150</sup>

- Für die richterliche Vertragsanpassung ist auf den hypothetischen Parteiwillen<sup>151</sup> abzustellen und danach zu fragen, was die Parteien nach Treu und Glauben vereinbart haben würden, wenn sie sich den Ausbruch der Corona-Pandemie vorgestellt hätten. Davon ausgehend, dass die Pandemie nur eine vorübergehende Bedrohung ist, hätten die meisten Vermieter und gewerblichen Mieter eine zeitlich begrenzte Anpassung des Mietzinses einer vorzeitigen Beendigung des Mietverhältnisses wohl vorgezogen. Diese Schlussfolgerung liegt umso näher, als die Kündigung eines Mietvertrags nach Art. 266g OR grundsätzlich die Zahlung einer Entschädigung durch die kündigende Partei an die andere Partei vorsieht (Art. 266g Abs. 2 OR).

## 5.4 Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall

Die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* erfordert eine Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls.

Die Corona-Pandemie war für die Parteien des Mietvertrags weder vorhersehbar, noch vermeidbar und sie hat bereits jetzt zu einer schweren Wirtschaftskrise geführt.

Insbesondere wurde den betroffenen Geschäftsmietern während Wochen verboten, ihr Gewerbe zu betreiben, wodurch praktisch ihr gesamtes Einkommen weggefallen ist, dies bei weiterhin bestehenden Geschäftsausgaben. Kurzarbeitsentschädigung sowie der Corona-Erwerbsersatz konnten hier die Lücke zumindest teilweise füllen, wobei nicht vergessen werden darf, dass diese Entschädigung in erster Linie den persönlichen Lebensbedarf des Mieters decken soll.

Es bleibt somit in jedem Einzelfall zu entscheiden, ob die veränderten Verhältnisse zu einer gravierenden Äquivalenzstörung im Vertragsverhältnis geführt haben. Es dürfte schwieriger sein, Fälle nach der *clausula* als nach Art. 259d OR zu prozessie-

<sup>149</sup> Zutreffend hält **Bohnet**, S. 27 fest: «La portée pratique plutôt limitée de l'art. 266g CO ne peut être comparée à la portée de la *clausula* qui, fondée sur l'art. 2 CC, a vocation de s'appliquer de manière bien plus générale et à garantir une plus grande marge de manœuvre, au moment de déterminer les conséquences juridiques du changement de circonstances extraordinaire et imprévisible».

<sup>150</sup> Hat der Vermieter von Ladenlokalitäten an der Bahnhofstrasse in Zürich, die zu einem vor der Pandemie marktconformen Preis vermietet sind, ein Interesse an einer Vertragsauflösung? Wäre es wirtschaftlich für den Vermieter nicht sinnvoller, dem Mieter mit einem zeitlich befristeten Mietzinserslass entgegenzukommen?

<sup>151</sup> BGE 127 III 300 E. 6a mit Verweisen; **BSK-Wiegand**, N 118 zu Art. 18 OR; **Bohnet**, S. 22 f.



ren, da sich das Prozessthema auch auf die persönlichen Umstände der Parteien, die sorgfältig belegt werden müssen, konzentrieren wird. So wären etwa folgende Fragen zu beantworten:

Wie hoch wäre der prozentuale Mietzinsanteil, gemessen an den gesamten Mieteinnahmen des Vermieters, der durch eine Mietzinsreduktion oder einen Mietzins-erlass entfallen würde? Ein grosser Teil der von Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung betroffenen Geschäftsräume befindet sich im Erdgeschoss von Büro- oder Wohngebäuden, die von deren Mietern noch genutzt werden können und die den Mietzins weiterhin bezahlt haben.

Sind die Mieten für die Liegenschaft hoch, gar über der zulässigen Nettorendite gemäss Art. 269 OR, so dass der Verzicht auf einen Teil der Miete kein grosses Opfer darstellen würde? Hat der Vermieter eine Mietausfallversicherung oder Unterstützung von Bund und/oder Kanton erhalten oder könnte er eine solche beantragen (vgl. hinten Ziff. 6.)?

Wie hoch war der Umsatzverlust auf Seiten des Mieters? Zu vergleichen ist der Umsatz vor der Schliessung mit jenem während der Schliessung des Betriebs. Welche Ausgaben konnte der Mieter mit Zahlungen von Bund und/oder Kanton, mit Versicherungsleistungen oder Unterstützungsbeiträgen privater Einrichtungen decken? Wie ist die finanzielle Leistungsfähigkeit des Mieters (kleiner oder grosser Betrieb)? Wie war der Geschäftsgang vor der Pandemie?

Schliesslich wird, wie einige Autoren<sup>152</sup> der Rechtsgutachten betonen, die Dauer der Betriebschliessungen eine Rolle spielen, ebenso wie nach unserer Auffassung die Zeit, die nach Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit benötigt wird, um in den normalen Geschäftsbetrieb zurück zu kehren.

Die *clausula* scheint uns auch für die besonderen Fälle von Betrieben eine Lösung zu bieten, deren Wiedereröffnung nach dem 11. Mai 2020 durch die Auflagen des Bundes so stark erschwert wurde, dass sie entweder geschlossen bleiben oder sich mit miserablen Umsätzen begnügen mussten (vgl. vorn Ziff. 2.9). Eines der Kriterien, das es in diesen Fällen zu berücksichtigen gilt, ist die Beschaffenheit der Lokalität. Diese kann bei Beachtung der erforderlichen Massnahmen, namentlich der Distanzregel ein «business as usual» unmöglich machen.

Bei der Prüfung der Umstände im Einzelfall darf nicht vergessen werden, dass die Anwendung der *clausula rebus sic stantibus* eine gravierende Veränderung der Verhältnisse voraussetzt und dass eine Vertragsanpassung nur unter engen Voraussetzungen vorzunehmen ist.<sup>153</sup> Dennoch glauben wir, dass den Parteien und dem Gericht ein grosser Spielraum für die Wahl einer angemessenen Lösung zur Verfügung steht.

<sup>152</sup> Bohnet, S. 29 am Ende; Iyenedjian, S. 6.

<sup>153</sup> CPra Bail-Wessner, N 7 zu Art. 266g OR (der die Anwendung der *clausula* nur unter restriktiven Voraussetzungen zulassen will); Bohnet, S. 29.

Blieben die Betriebsschliessungen vorübergehend (einige Wochen) und ist eine relative rasche Wiederaufnahme der vollen Geschäftstätigkeit möglich, genügt ein temporärer Mietzinserlass oder eine temporäre Mietzinsherabsetzung (wie bei der Anwendung von Art. 259d OR).

Verursacht das Virus dagegen «la ruine du locataire»,<sup>154</sup> wäre eine Beendigung des Mietverhältnisses vernünftiger.

Unserer Ansicht nach ist der Weg über die *clausula rebus sic stantibus* für den Mieter in jedem Fall anspruchsvoller und unsicherer, als der Weg über eine Mietzinsherabsetzung oder einen Mietzinserlass gemäss Art. 259d OR.

## 6. Intervention des Gesetzgebers

### 6.1 Der klassische Weg

Der Mieter, der für die Zeit der vollständigen oder teilweisen Schliessung seines Betriebs eine Mietzinsherabsetzung oder einen Mietzinserlass geltend macht, muss sein schriftliches Begehren sorgfältig vorbereiten und dokumentieren (Art der ausgeübten Tätigkeit, geschuldeter Mietzins, Umsatz aus den Vorjahren, Anzahl der betroffenen Tage, allfällige Restaktivität und der damit erzielte Umsatz etc.).

Das Begehren ist in der Folge an den Vermieter oder die Liegenschaftsverwaltung zu richten und es sollten die Parteien versuchen, eine für beide Seiten vernünftige Lösung zu finden. Gelingt dies, schliessen die Parteien hierüber eine schriftliche Vereinbarung ab.<sup>155</sup>

Wird zwischen den Vertragsparteien keine Einigung erzielt, kann sich der Mieter von den Mieterverbänden, Rechtsanwälten oder anderen, mietrechtlich versierten Personen<sup>156</sup> unterstützen lassen oder auch die Schlichtungsbehörden<sup>157</sup> in Anspruch nehmen.

Verschiedene Vermieter, vor allem die öffentliche Hand,<sup>158</sup> haben selbständig die Initiative ergriffen. Sie haben ihre Mieter während der Dauer der Schliessung (oder

<sup>154</sup> So ausgedrückt von **Bohnet**, S. 29.

<sup>155</sup> **Lachat** 2016, S. 328 ff.

<sup>156</sup> **Lachat** 2016, S. 317–327.

<sup>157</sup> **Koller**, S. 3 f., N 6, der zutreffend darauf hinweist, dass die spezialisierten Schlichtungsbehörden geeignet sind, den Parteien bei der Suche nach einer einvernehmlichen Lösung behilflich zu sein.

<sup>158</sup> Beispielsweise Kanton und Stadt Basel-Stadt, Kanton und Stadt Neuenburg, Stadt Genf, Stadt Zürich, Lausanne, Delémont, Chur, zahlreiche Städte und Gemeinden im Tessin, die SBB.

auch für einen davon leicht abweichenden Zeitraum)<sup>159</sup> von der Mietzinszahlungspflicht ganz oder teilweise befreit und so ihre Solidarität mit den Mietern gezeigt. Können die Vertragsparteien keine einvernehmliche Lösung finden, werden die Gerichte die Höhe des geschuldeten Mietzinses bestimmen müssen.

In Zeiten des Coronavirus wurden neben einer einvernehmlichen Lösung und der Anrufung der Gerichte auch andere Lösungen diskutiert: Anreize für partnerschaftliche Lösungen (vgl. hinten Ziff. 6.2), finanzielle Unterstützung für die Mieter (vgl. hinten Ziff. 6.3) oder die Vermieter (vgl. hinten Ziff. 6.4) oder eine mittels Notrecht eingeführte allgemein gültige Regelung (vgl. hinten Ziff. 6.5).

## 6.2 Anreize für einvernehmliche Lösungen unter den Parteien

Angesichts der Not vieler kleiner Betriebe, die durch den wochenlangen Verlust ihrer Einnahmen in ihrer Existenz gefährdet sind, bieten einige Kantone Unterstützung an. Im Einvernehmen mit den involvierten Interessenverbänden haben sie wirtschaftliche Hilfen zugesagt, um es Vermietern und Mietern zu erleichtern, einen Kompromiss bezüglich der während der Dauer der Betriebsschliessung geschuldeten Miete zu finden.

Diese kantonale Unterstützung<sup>160</sup> setzt den guten Willen der Vertragsparteien voraus. Der Mieter muss dem Vermieter ein Gesuch um Mietzinsherabsetzung oder Mietzinserslass unterbreiten, wobei der Vermieter frei ist, dieses zu akzeptieren oder abzulehnen. Stimmt der Vermieter zu, wird ein Teil des während der Zeit der Schliessung des Geschäftslokals geschuldeten Mietzinses vom Mieter und ein Teil vom Kanton bezahlt. Der Vermieter verzichtet auf den restlichen Teil der geschuldeten Miete.<sup>161</sup>

<sup>159</sup> So gewährt etwa die Stadt Zürich den Mietern von Gewerbeliegenschaften, die von der behördlich angeordneten Schliessung betroffen sind, eine Mietzinsreduktion für die Zeit vom 1. April 2020 bis zur Wiedereröffnung im Umfang der vom Verbot betroffenen Teile des Mietobjektes.

<sup>160</sup> Die kantonalen Massnahmen haben sich weiterentwickelt und können auch nach dem 18. Mai 2020 ändern. Wir empfehlen unseren interessierten Leserinnen und Lesern deshalb, sich bei den zuständigen kantonalen Verwaltungen oder bei den lokalen Verbänden von Vermietern, Mietern oder Geschäftsbranchen über allfällige Änderungen zu informieren.

<sup>161</sup> Die Lösungen der Kantone sind unterschiedlich ausgestaltet betreffend die Dauer der finanziellen Beiträge und bezüglich der Anteile, die Mieter, Vermieter und Kanton übernehmen.

In Genf<sup>162</sup>, im Kanton Waadt<sup>163</sup>, im Kanton Freiburg<sup>164</sup>, im Kanton Neuchâtel<sup>165</sup> und im Kanton Basel-Stadt<sup>166</sup> wurden solche Regelungen<sup>167</sup> eingeführt. Andere Kantone<sup>168</sup> ziehen solche Lösungen in Erwägung. Und auch der Ständerat hatte sich in einem früheren Stadium der parlamentarischen Diskussionen eine ähnliche Lösung vorgestellt.

Die bisher beschlossenen kantonalen Massnahmen gelten nach unserem Verständnis in den Kantonen Neuenburg und Waadt nur für Mieter, die ihren Geschäftsbetrieb im Sinne von Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 vollständig aufgeben mussten. Im Kanton Basel-Stadt<sup>169</sup> gelten die Massnahmen zusätzlich auch für die «indirekt» Betroffenen. Im Kanton Freiburg richtet sich die Unterstützung an Unternehmen und Selbständigerwerbende, deren Tätigkeit durch die Auswirkungen von COVID-19 «erheblich beeinträchtigt» wurde sowie an öffentliche Gaststätten mit einem Patent.<sup>170</sup> Der Kanton Genf wählte eine differenzierte Lösung.<sup>171</sup>

Die staatliche Hilfe können nur in jenen Mietverhältnissen in Anspruch genommen werden, in denen der monatliche Mietzins einen bestimmten Höchstbetrag (zwischen Fr. 3'500.- und Fr. 20'000.-) nicht übersteigt. Überdies ist die Unterstüt-

<sup>162</sup> Abkommen vom 6. April 2020 zwischen der USPI Genève, der Chambre immobilière genevoise, der ASLOCA und dem Kanton, genannt VESTA I, am 30. April 2020 verlängert, zusätzliches Abkommen vom 30. April 2020, genannt VESTA II.

<sup>163</sup> Mitteilung des Conseil d'État vom 17. April 2020, Vereinbarung zwischen dem Kanton, der USPI, der Chambre vaudoise immobilière, der ASLOCA Vaud, der Fédération patronale vaudoise, der Gastro-Vaud und der Société des arisans boulangers-pâtisseries-confiseurs vaudois.

<sup>164</sup> Abkommen zwischen dem Kanton, der USPI Fribourg, der Chambre fribourgeoise immobilière und der ASLOCA Fribourg. Mitteilung des Staatsrats vom 22. April 2020. Verordnung zur Änderung der Verordnung über die wirtschaftlichen Massnahmen zur Abfederung der Auswirkungen des Coronavirus durch Beiträge an Miet- und Pachtzinsen von Gewerbeflächen (ASF 2020\_049).

<sup>165</sup> Vereinbarung vom 8. Mai 2020 zwischen dem Kanton, der USPI Neuchâtel-Jura, der Chambre immobilière neuchâtoise und der ASLOCA Neuchâtel.

<sup>166</sup> Sogenanntes «Dreidrittel-Rettungspaket», gemeinsamer Vorschlag von Mieterinnen- und Mieterverband Basel, Hauseigentümerverband Basel-Stadt, SVIT beider Basel und Wirteverband Basel-Stadt. Dringlicher Grossratsbeschluss vom 13. Mai 2020.

<sup>167</sup> Diese geniessen den Zuspruch von Juristen, die der angeordneten Schliessung einzelner Einrichtungen je nach Umständen die Wirkungen einer materiellen Enteignung beimessen. **Richli**, S. 2 am Ende und S. 3 erachtet eine Lösung, bei der auch der Bund einen Teil der Miete übernimmt, als angezeigt. In die gleiche Richtung **Tanquerel**, der eine Entschädigungspflicht des Bundes auch mit dem Gleichbehandlungsgebot begründet.

<sup>168</sup> Nach unserem Kenntnisstand am 18. Mai 2020 sind dies Jura, Wallis und Basel-Landschaft.

<sup>169</sup> Die «indirekt» betroffenen Mieter sind solche, die in der Zeit ab 17. März 2020 bis zum Datum der Gesuchseinreichung verglichen mit der entsprechenden Vorjahresperiode eine Umsatzeinbusse von mindestens einem Drittel erlitten haben. Näheres im Ratschlag des Regierungsrats 20.0645.01.

<sup>170</sup> Die in Fn 164 genannte Verordnung bezeichnet die öffentlichen Gaststätten mit Patent näher.

<sup>171</sup> In Fällen, in denen der monatliche Mietzins den Betrag von Fr. 3'500.- (VESTA I) nicht übersteigt, gelten die Massnahmen nach unserem Verständnis für alle Betriebe. Für Mietzinse über Fr. 3'500.- (VESTA II) gelten sie ausschliesslich für Betriebe, die gestützt auf Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 haben schliessen müssen. Die Genfer Regelung ist nicht leicht verständlich.

zung zeitlich limitiert (zurzeit für die Monate April, Mai und/oder Juni 2020). Je nach Kanton müssen weitere Voraussetzungen erfüllt sein.

Der Mieter und der Vermieter können die kantonale Unterstützung auch mit anderen wirtschaftlichen Hilfen, die aufgrund der Corona-Pandemie gesprochen wurden, kumulieren (vgl. hinten Ziff. 6.3).

Der Mietzinsanteil, der vom Mieter noch zu leisten ist, bewegt sich je nach Kanton zwischen 25% und 33%.

Die Höhe der finanziellen Mittel, die der Kanton für die Mietzinszahlungen aufwenden muss, variiert von Kanton zu Kanton.

Diese Anreize für einvernehmliche Vereinbarungen, deren Abschluss dem freien Willen der Parteien überlassen ist, geben zu keiner Kritik Anlass. Sie sind willkommen und beseitigen eine für Gewerbetreibende schädliche wirtschaftliche Unsicherheit.

### 6.3 **Finanzielle Unterstützung für die Mieter?**

Als Gewerbetreibende können Mieter, die von Massnahmen zum Schutz der Gesundheit betroffen sind, Unterstützung (Kurzarbeit, Corona-Erwerbsersatz, vom Bund garantierte, zinslose Darlehen und andere kantonale Hilfen) beanspruchen.

Nebst diesen wichtigen Hilfen scheint es uns nicht angezeigt, den Mieter mit weiteren finanziellen Mitteln zu unterstützen für Mietzinse, die unseres Erachtens nicht oder nur zu einem kleinen Teil geschuldet sind.

Sollte das Eidgenössische Parlament im Juni 2020 letzten Endes eine gesetzgeberische Lösung (vgl. hinten Ziff. 6.5) präsentieren, die die Mehrheit der Mietverhältnisse erfasst, und sollte diese Lösung eine finanzielle Unterstützung des Mieters mit Mitteln des Bundes vorsehen, wäre festzulegen, ob eine Kumulierung der verschiedenen Hilfen zulässig ist oder nicht (Frage der Subsidiarität).

### 6.4 **Finanzielle Unterstützung für die Vermieter?**

Nachdem der National- und der Ständerat vorgeschlagen hatten, dass Vermieter für die Zeit der vollständigen oder teilweisen Betriebsschliessungen auf einen Teil der Miete verzichten sollen, ersuchten sowohl der National-<sup>172</sup> als auch der Ständerat<sup>173</sup> den Bundesrat um Prüfung eines sogenannten Härtefallfonds, der Vermietern helfen soll, die aufgrund von Mietzinsausfällen in finanzielle Schwierigkeiten geraten.

<sup>172</sup> Motion 20.3142 der Wirtschafts- und Abgabekommission des Nationalrats (WAK-N), angenommen vom Nationalrat am 5. Mai 2020: <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20203158> (Zugriff am 15. Mai 2020).

<sup>173</sup> Motion WAK-N in geänderter Form (jedoch mit dem Härtefallfonds für Vermieter) angenommen vom Ständerat am 6. Mai 2020: <https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=48948> (Zugriff am 15. Mai 2020).

Wir haben Vorbehalte hinsichtlich der Vorzüge einer solchen Massnahme. Wird eine Hilfe der öffentlichen Hand für bestimmte Vermieter vorgesehen, sollte diese nur an kleinere Vermieter, die keine Leistungen aus einer Mietausfallversicherung erhalten haben und deren Mietzinsausfälle aus der Vermietung von Gewerbeliegenschaften einem grossen Teil ihrer gesamten Mietzinseinnahmen entsprechen, ausgerichtet werden.

Darüber hinaus sollte eine mittels öffentlichen Geldern finanzierte Hilfe nur jenen Vermietern zu Gute kommen, die bis März 2020, aus welchen Gründen auch immer,<sup>174</sup> einen tiefen Mietzins veranschlagt haben, der gegebenenfalls unter dem orts- und quartierüblichen Niveau (Art. 269a lit. a OR) liegt oder der dem Vermieter keine genügende Rendite (Art. 269 OR) verschafft.

Auch im Falle einer finanziellen Unterstützung des Vermieters mit Mitteln des Bundes wäre die Frage nach einer möglichen Kumulierung mit kantonalen Hilfen und mit anderen Unterstützungsleistungen des Bundes zu klären.

### 6.5 Eine allgemein gültige Regelung?

Der Ständerat und der Nationalrat haben während der ausserordentlichen Session vom 4. bis 6. Mai 2020 jeweils eigene Vorschläge im Hinblick auf eine gesetzliche Regelung der Mietzinszahlungen während der vollständigen oder teilweisen<sup>175</sup> Schliessung von Betrieben unterbreitet.

Der Nationalrat wollte zunächst, dass die Gesamtheit der betroffenen Mieten in diesem Zeitraum auf 30%<sup>176</sup> reduziert wird.

Der Ständerat seinerseits wollte die betroffenen Mieter mit zwei Monatsmieten, resp. einer Reduktion im Umfang von Fr. 5'000.– pro Monat entlasten. Diese Entlastung hätte nur in jenen Mietverhältnissen beansprucht werden können, in denen der Mietzins eine bestimmte Obergrenze nicht überschreitet (zuletzt maximal Fr. 8'000.–).

Diese Vorschläge standen unter dem Vorbehalt, dass sich die Vertragsparteien nicht schon vorgängig über eine Regelung der Mietzinszahlungspflicht verständigt haben (vgl. vorn Ziff. 6.1 und 6.2).

Die Eidgenössischen Räte wie auch die Vermieterverbände auf der einen Seite und der Mieterverband zusammen mit verschiedenen Berufs- und Branchenverbänden auf der anderen Seite konnten sich auf keine Lösung verständigen, weshalb eine allgemein gültige Regelung bis heute (18. Mai 2020) fehlt.

<sup>174</sup> Beispiel: Günstige Vermietung eines Gewerbelokals in einer Region, die ein Überangebot an Gewerbeflächen aufweist.

<sup>175</sup> Vgl. vorn Fn 172 und 173.

<sup>176</sup> Gemäss Mietzins-Berechnungsmodell des Bundesamtes für Wohnungswesen (BWO), das den Übewälzungssätzen bei einer Veränderung des Referenzzinssatzes für Hypotheken zu Grunde liegt (Art. 13 VMWG), dienen 30% der Miete zur Deckung der laufenden Kosten und des Liegenschaftsunterhalts: BGE 118 II 45 E. 2a/aa.

Die Frage der Geschäftsmieten wird vom Eidgenössischen Parlament in seiner Session vom Juni 2020 erneut diskutiert.<sup>177</sup>

Zu Unrecht haben die Medien die Suche nach einer Lösung als «Unterstützungen für die Mieter» bezeichnet. In Wirklichkeit beabsichtigen die Räte, eine Vielzahl von Einzelfällen auf dem Weg der Gesetzgebung zu regeln. Man könnte von einer «durch das Gesetz auferlegten kollektiven Vereinbarung»<sup>178</sup> sprechen.

Zugegebenermassen sind diese Ansätze pragmatisch und von den Umständen beeinflusst. Es geht darum, dringende Fälle zu lösen, Konkurse zu vermeiden und es gewerblichen Mietern zu ermöglichen, die Zeit des Lockdowns mit mehr Gelassenheit und Sicherheit zu bewältigen.

Ebenso wollen die Initianten dieser Vorschläge vermeiden, dass sich die Gerichte mit einer Vielzahl von Verfahren konfrontiert sehen und die Prozessparteien jahrelang<sup>179</sup> auf die ersten Grundsatzentscheide des Bundesgerichts warten müssen.<sup>180</sup>

<sup>177</sup> Bis zum heutigen Tag (18. Mai 2020) stehen sich noch zwei Vorschläge gegenüber: Jener des Ständerats, der Mieter, deren Bruttomiete für ein Mietobjekt den Betrag von Fr. 8'000.- pro Monat nicht übersteigt, für zwei Monate mit einer Mietzinsreduktion von je Fr. 5'000.- entlasten will. Dies entspricht einer Mietzinsherabsetzung zwischen 100% bis 63%. Die Nebenkosten bleiben geschuldet. Und jener der Wirtschafts- und Abgabekommission des Nationalrates (WAK-N), der für die Dauer der gestützt auf Art. 6 Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 angeordneten Betriebsschliessungen eine Mietzinsreduktion von 60% vorsieht. Diese Lösung soll für Mieter gelten, deren Miete Fr. 20'000.- monatlich (brutto oder netto?) nicht übersteigt. Bei einem Mietzins zwischen Fr. 15'000.- und Fr. 20'000.- monatlich (brutto oder netto?) soll jede der Parteien die Möglichkeit haben, auf diese Regelung zu verzichten (Opting-out-Klausel). Bei beiden Vorschlägen sollen die Massnahmen auch für Gesundheitseinrichtungen gelten, die gestützt auf Art. 10a Abs. 2 COVID-19-Verordnung 2 nur dringende medizinische Behandlungen vornehmen durften. Im Vorschlag der WAK-N allerdings für die Dauer von «maximal» zwei Monaten (berücksichtigt wird damit die effektive Dauer der angeordneten Beschränkung auf dringende Behandlungen, sofern sie kürzer als 2 Monate andauerte). Für Mietverhältnisse, in denen die vorgesehene Obergrenze (Fr. 8'000.-, resp. Fr. 20'000.-) überschritten wird, gilt der Vertrag und das geltende Recht.

<sup>178</sup> Für eine gesamthafte Lösung des Problems wäre ein für allgemein verbindlich erklärter Rahmemietvertrag (im Sinne des Bundesgesetzes über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 23. Juni 1995 (RMG) und der Verordnung über Rahmenmietverträge und deren Allgemeinverbindlicherklärung vom 31. Januar 1996 (VRA), SR 221. 213.15 und 221.213.151, geeigneter gewesen. Leider haben sich die Beziehungen zwischen Vermieter- und Mieterverbänden derart verschlechtert, dass sie nicht einmal den am 30. Juni 2020 auslaufenden Rahmenmietvertrag der Westschweiz (RRV) erneuern konnten. Zustimmend **Pichonnaz**, S. 2 N 3 und 4.

<sup>179</sup> **Koller**, S. 2 N 2: «Das wird man in ein paar Jahren sehen, wenn Gerichtsentscheide vorliegen».

<sup>180</sup> Für einzelne Autoren und den Bundesrat scheint Notrecht nicht das geeignete Mittel zu sein, um in privatrechtliche Beziehungen einzugreifen. Darüber hinaus vermag eine gesetzgeberische Lösung in einer Vielzahl von Fällen den verschiedenen Umständen nicht Rechnung zu tragen und birgt die Gefahr einer ungleichen Behandlung (**Koller**, S. 2 N 3).

## 7. Schlussfolgerungen<sup>181</sup>

Die juristische Diskussion um die Geschäftsmieten in Zeiten des Coronavirus ist noch nicht beendet. Sie hat gerade erst vor den Gerichten begonnen.

Es ist nicht ausgeschlossen, dass Politikerinnen und Politiker, je nachdem, welche Entscheide sie treffen, einen grossen Teil der Fälle auf dem Weg der Gesetzgebung regeln (siehe vorn, Ziff. 6.5).

Unter folgenden Gesichtspunkten sollte unser Beitrag jedoch auch weiterhin von Nutzen sein:

- Wenn die Eidgenössischen Räte am Ende keine für die betroffenen Mieter allgemein gültige Regelung finden (vgl. vorn Ziff. 6.5) und wenn sich entweder die gemieteten Räumlichkeiten in einem Kanton befinden, der keine Massnahmen zur Förderung von Vereinbarungen getroffen hat oder wenn die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der kantonalen Hilfen nicht erfüllt sind (Mietzins übersteigt einen bestimmten Betrag, keine Verständigung der Parteien, vgl. vorn Ziff. 6.2).
- Für jene Mieter, deren Miete die von den Räten festgelegte Obergrenze überschreitet, sofern eine solche denn festgelegt wird.
- Für Gewerbetreibende, die durch die Massnahmen des Gesundheitsschutzes nach dem 11. Mai 2020 besonders eingeschränkt sind (vgl. vorn Ziff. 2.9).
- Im Fall einer zweiten Welle oder einer anderen Pandemie (Gott bewahre!), die eine erneute vollständige oder teilweise Schliessung von Geschäftsbetrieben notwendig macht.

## 8. Verzeichnis der Gutachten

**Bohnet François, Bail à loyer pour locaux commerciaux et Ordonnance 2 COVID-19**, Neuchâtel, 8 avril 2020, <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/>, erscheint demnächst in Cahiers du Bail 2020.

**Brutschin Sarah/Rubli Xavier/Stastny Pierre, Paiement du loyer des locaux commerciaux pendant la pandémie de Covid-19**, Genève, Lausanne, Bâle, 23

<sup>181</sup> Damit die Geschichte nicht wie die Fabel vom Esel endet:  
Manger l'herbe d'autrui! Quel crime abominable!  
Rien que la mort n'étoit capable  
D'expier son forfait. On le lui fit bien voir.  
Selon que vous serez puissant ou misérable,  
Les jugements de cour vous rendront blanc ou noir.

Jean de La Fontaine, 1621-1695, Les animaux malades de la peste, dernière strophe.



mars 2020, [https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/03/Avis-de-droit-loyers\\_locaux\\_commerciaux\\_ASLOCA-1.pdf](https://www.asloca.ch/wp-content/uploads/2020/03/Avis-de-droit-loyers_locaux_commerciaux_ASLOCA-1.pdf)

Auf Deutsch: **Bezahlung des Mietzinses für Geschäftsräume während der Covid-19-Epidemie**, [https://www.mieterverband.ch/dam/jcr:b8564082-a549-450b-8683-5a67d39375b7/mv\\_Gutachten\\_Covid19\\_20200327.pdf](https://www.mieterverband.ch/dam/jcr:b8564082-a549-450b-8683-5a67d39375b7/mv_Gutachten_Covid19_20200327.pdf)

**Chambre genevoise immobilière, Meyer Laure, Avis de droit sur les loyers de locaux commerciaux en lien avec l'interruption d'activité – COVID-19**, Genève, 30 mars 2020, Chambre genevoise immobilière, <https://www.cgionline.ch/covid-19-les-avis-de-droit-disponibles/>.

**Haefeli Andrea/Galli Dario/Vischer Markus, Coronavirus SARS-CoV-2: Klärung mietrechtlicher Fragen**, Jusletter vom 14. April 2020.

**Higi Peter, Gutachterliche Stellungnahme zur Frage der Herabsetzung des Mietzinses wegen Mängeln des Geschäftsraumes im Zusammenhang mit der «Corona-Pandemie»**, Zürich, 26. März 2020, <https://www.hev-schweiz.ch/info/faqs-corona-und-eigentum/>.

**Iynedjian Marc, COVID-19 – Ordre de fermeture des magasins et restaurants**, Impact sur l'obligation de payer le loyer, Genève, 28 mars 2020, <https://www.hev-schweiz.ch/info/faqs-corona-und-eigentum/>.

**Koller Thomas, Corona-Krise und Mietrecht – Rechtsöffnungsrichter in der Verantwortung**, Jusletter vom 4. Mai 2020.

**Meier Luca, ROMERO & ZIEGLER Rechtsanwälte, Mietrecht und Coronavirus (COVID-19) – Eine mietrechtliche Einschätzung der aktuellen Ausnahmesituation im Zusammenhang mit dem Coronavirus (Fokus Geschäftsmiete)**, Zürich im März 2020.

**Morvan Sidonie/Di Nolfi Delphine, Covid-19 et mesures sanitaires: Défait de la chose louée?**, Genève, 23 mars 2020.

**Peduzzi Roberto, Die Auswirkungen der Notmassnahmen in der Coronakrise auf Geschäftsmietverträge**, MRA 1/2020, S. 3 ff.

**Pichonnaz Pascal, Die Rettung des Justizsystems durch ein aussergewöhnliches Vertragsrecht / Oder wie man in Zeiten einer Pandemie vertragliche Probleme löst**, erscheint demnächst in einer Sondernummer Pandemie der ZSR.

Reichle Sebastian/Stehle Bernhard, **Coronavirus und Geschäftsraummiete**, Jusletter vom 18. Mai 2020.

Richard Philippe/Torrent Amandine, **La problématique de l'obligation du locataire commercial de payer le loyer convenu nonobstant la fermeture provisoire de son local commercial en application de l'art. 6 al. 2 de l'Ordonnance 2 sur les mesures destinées à lutter contre le coronavirus (COVID-19)**, Lausanne, 31 mars 2020.

Richli Paul, **Notrecht ist kein Freipass für entschädigungslose staatliche Betriebs schlüssungen**, Luzern im April 2020.

Saviaux Nicolas, **avis de droit (Covid-19 – paiement du loyer)**, Lausanne, 31 mars 2020, <http://www.rsbplegal.ch/me-saviaux>.

Schenkel Mario, Schenkel & Serrago Rechtsanwälte AG, **Schiedsgerichtentscheid betreffend Mietzinsherabsetzung in Folge Betriebsbeschiessung Covid-19 Coronavirus**, Luzern, 2. April 2020, →mp 2/20 S. 152.

Streff Matthias, **Mietzinsherabsetzung: Corona-Virus und die Geschäftsmiete**, 1. April 2020, <https://www.weka.ch/themen/bau-immobilien/mietrecht/mietzins-und-nebenkosten/article/mietzinsstundung-corona-virus-und-die-geschaeftsmiete/>.

Tanquerel Thierry, **Quelle obligation d'indemnisation pour les fermetures d'entreprises ordonnées en vertu du droit d'urgence liée à l'épidémie de COVID-19?** Genève 20 avril 2020.

Wetzel Thomas/Plattner Placidus, WENGERPLATTNER, **Coronavirus und die Mietzinszahlungspflicht**, Basel, Bern, Zürich 18. März 2020, [https://www.wengerplattner.ch/media/filer\\_public/53/8a/538ac569-f4a1-4562-9c77-09d28d7ffcb8/23\\_marz\\_2020\\_-\\_coronavirus\\_und\\_mietzinszahlungspflicht.pdf](https://www.wengerplattner.ch/media/filer_public/53/8a/538ac569-f4a1-4562-9c77-09d28d7ffcb8/23_marz_2020_-_coronavirus_und_mietzinszahlungspflicht.pdf).

## 9. Bibliographie

Aeppli Viktor, **Zürcher Kommentar, Das Erlöschen der Obligationen**, Art. 114 – 126 OR, zitiert als: BK-AEPLI.

Aubert Carole, **Les défauts de la chose louée**, 17ème Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2012 S. 1 ff.

**Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Weber Roger, Art. 253-273c OR, 7. Auflage, Basel 2020, zitiert als: BSK-Weber.

**Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Kommentar zu anderen als Art. 253-273c OR, 7. Auflage, Basel 2020, zitiert als: BSK-Autor.

**Biber Irène, Der Mietvertrag im Shopping Center – ausgewählte Aspekte**, SJZ 2017, S. 309 ff.

**Blumer Maja, Schweizerisches Privatrecht**, Band VII/3, Gebrauchsüberlassungsverträge (Miete, Pacht), Basel 2012, zitiert als: Blumer.

**Bohnet François/Carron Blaise/Montini Mario, Commentaire pratique**, Droit du bail à loyer et à ferme, 2ème édition, Bâle, 2017, zitiert als: CPra Bail-Autor.

**Brunner Andreas, Störungen der Mieterinnen und Mieter durch Immissionen, insbesondere Bau- und Verkehrslärm - zivil- und öffentlichrechtliche Rechtsbehelfe und deren Durchsetzung**, →mp 3/00 S. 97 ff. und →mp 4/00 S. 153 ff.

**Carron Blaise, Bail et travaux de construction: aménagement, entretien, rénovation et modification des locaux**, 17ème Séminaire sur le bail à loyer 2012, S. 48 ff.

**Commentaire Romand, Code des obligations I**, art. 1-529 CO, 2ème édition, Bâle 2012, zitiert als CR CO-Autor.

**Commentaire Romand, Code civil I (art. 1- 359 CC)**, Bâle 2010, zitiert als CR CC-Autor.

**Giger Hans, Berner Kommentar, die Miete**, Art. 253-273c OR, Art. 256-259i OR, Bern 2015, zitiert als: BK-Giger.

**Gloor Fabian, Toleranz im nachbarschaftlichen Verhältnis**, →mp 1/19 S. 7 ff.

**Handbuch für Anwaltspraxis, Wohn- und Geschäftsraummiete**, Basel 2016, zitiert als: HAP-Autor.

**Hausheer Heinz/Aebi-Müller Regina, Berner Kommentar**, Einleitung Art. 1-9 ZGB, Bern 2012, zitiert als: BK-Hausherr/Aebi-Müller

**Hensch Angela, Streitigkeiten zwischen Mietern**, AJP 2013, S. 985 ff.

**Higi Peter/Bühlmann Anton/Wildisen Christoph, Zürcher Kommentar Obligationenrecht**, Vorbemerkungen zum 8. Titel (Art. 253-273 c OR), Art. 253-265 OR, Die Miete, Zürich/Basel/Genf, 2019, zitiert als: ZK-Higi/Bühlmann oder ZK-Higi/Wildisen, je nach Autor.

**Higi Peter, Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Die Miete, Teilband V2b, Zweite Lieferung Art. 266-268b OR, Dritte Lieferung 269-270e OR, Vierte Lieferung 271-274g OR, Zürich 1995, 1996 und 1998, zitiert als: ZK-Higi.

**Jäggi Peter/Gauch Peter/Hartmann Stephan, Zürcher Kommentar**, Art. 18 OR – Auslegung, Ergänzung und Anpassung der Verträge, Zürich 2014, zitiert als: ZK-Jäggi/Gauch/Hartmann.

**Lachat David/Grobet Thorens Karin/Rubli Xavier/Stastny Pierre, Le bail à loyer**, édition 2019, Lausanne 2019, zitiert als: Lachat/Co-Autor).

**Lachat David, Le bail des cafés et des restaurants**, 18ème Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2014, zitiert als: Lachat 2014.

**Lachat David, La résolution amiable des conflits locatifs**, 19ème Séminaire sur le droit du bail, Neuchâtel 2016, S. 289 ff., zitiert als: Lachat 2016.

**Mietrecht für die Praxis**, 9. Auflage, Zürich 2016, zitiert als: Mietrecht für die Praxis/Kapitelautor\*in.

**Pichonnaz Pascal, Impossibilité et exorbitance**, étude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), thèse Fribourg 1997, zitiert als: Pichonnaz 1997.

**SVIT-Kommentar, Das schweizerische Mietrecht**, SVIT (Schweizerischer Verband der Immobilienreuhänder, 4. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2018, zitiert als: SVIT-Kommentar/Kapitelautor\*in.

**Steinauer Paul-Henri, Traité de droit privé suisse II/I**, Le titre préliminaire du Code civil, 2009.

**Tschudi Matthias, Mietrechtliche Probleme bei Immissionen als Folge von Umgebungsveränderungen**, Thèse Fribourg 2005, zitiert als: cité Tschudi 2005.

**Weber Roger, Basler Kommentar**, Obligationenrecht I, Art. 253-273c OR, 7. Auflage, Basel 2020, zitiert als: BSK-Weber.

Wessner Pierre, **Le bail à loyer et les nuisances causées par des tiers en droit privé**, 12ème Séminaire sur le bail à loyer, Neuchâtel 2002.

Züst Martin, **Die Mängelrechte des Mieters von Wohn- und Geschäftsräumen**, Bern 1992.

Züst Martin, **Die Mietinsherabsetzung bei Mängeln am Beispiel des Fluglärms**, →mp 4/03 S. 145 ff., zitiert als: Züst 2003.

---